



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO
CURRICULUM FILOSOFIA DEL DIRITTO E STORIA DELLA
CULTURA GIURIDICA
XXXI CICLO

IL DIALOGO TRA GIUDICI NELLO SPAZIO
COSTITUZIONALE EUROPEO

Tutori:

Prof. Pierluigi Chiassoni

Prof. Giulio Itzcovich

Candidata:

dott.ssa Gioia Bonaventura

Anno accademico 2019/2020

INTRODUZIONE.....	5
CAPITOLO I - Il dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo	9
1. Il successo del dialogo	9
2. Dialoghi (al plurale) tra giudici?	14
3. Il dialogo giudiziale interno	18
4. Il dialogo giudiziale transnazionale	24
5. Il dialogo giudiziale nello spazio costituzionale europeo	28
6. Il dialogo nello spazio costituzionale europeo come oggetto di indagine	40
CAPITOLO II - Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea	45
1. Introduzione	45
1. Introducción	48
2.1. Le ragioni comunitarie della Corte di Giustizia delle (ex) Comunità europee: un ordinamento giuridico di nuovo genere	51
2.2. Ordinamenti giuridici "autonomi e separati, coordinati e comunicanti"	62
3. La ripartizione delle competenze comunitarie tra Corte di Giustizia, giudici comuni e Corte costituzionale	73
4. Il dialogo sui diritti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia dell'Unione europea	85
4.1. La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali come strumento di integrazione....	85
4.2. Concorrenza di Carte, concorrenza di Corti.....	94
5. Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea	106
CAPITOLO III - Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo	113
1. Introduzione	113
1. Introducción.....	116
2. La CEDU nell'ordinamento italiano: dottrina e giurisprudenza dagli anni Sessanta al nuovo millennio	119
2.1. Diritto internazionale pattizio... ..	119
2.2. ... avente carattere materialmente costituzionale.....	125
3. La (ri)definizione di ruolo e posizione della CEDU nell'ordinamento: le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007	134
4. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo.....	149
4.1. Integrazione delle tutele e massima espansione sistemica delle garanzie.....	149
4.2. La dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione: evoluzioni, limiti, problemi	157
5. Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo	174
CAPITOLO IV - Il dialogo tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo ...	179
1. Introduzione	179
1. Introducción	181
2. La dottrina dei diritti fondamentali comunitari	184
2.1. La CEDU come obbligatoria fonte di ispirazione per la tutela dei diritti	

fondamentali comunitari	189
2.2. La Corte di Giustizia e la CEDU: norme interposte per la tutela dei diritti fondamentali comunitari	198
3. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la dottrina della protezione equivalente.....	209
4. L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: Carta dei diritti fondamentali e adesione alla CEDU	217
5. Autonomia dell'interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali comunitari...	227
6. Il sindacato della Corte di Strasburgo sulle carenze manifeste nella tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario	242
7. Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo	248
CONCLUSIONI - Il topos del dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo.....	253
CONCLUSIONES - El topos del diálogo entre jueces en el espacio constitucional europeo	259
BIBLIOGRAFIA	266

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha come oggetto l'analisi dei discorsi dei giudici e, più in generale, dei giuristi, sul *dialogo* tra corti nello *spazio costituzionale europeo*¹.

L'espressione spazio costituzionale europeo serve a fare sintetico riferimento a uno scenario concettuale, cui sempre più spesso la cultura giuridica in Europa si richiama, costituito da distinti ordinamenti giuridici, pensati come *aperti* l'uno all'altro e non ordinati gerarchicamente, permeabili, suscettibili di confronto e, eventualmente, anche di conflitto. Entro tale spazio costituzionale europeo, contrassegnato dalla progressiva perdita di rilevanza dei 'confini giuridici' tra ordinamenti, è comune la descrizione in termini di dialogo dei rapporti tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte europea dei diritti dell'uomo e le giurisdizioni nazionali, *specialmente* in relazione alla tutela dei diritti fondamentali.

Tramite una mappatura e ricostruzione dell'emersione di quello che è ormai divenuto un *topos* nell'ambito degli studi del diritto costituzionale europeo, si cercherà di mettere a fuoco i contorni della nozione e di chiarificare perché - per descrivere quali fenomeni, per offrire soluzioni a quali problemi - la cultura giuridica attuale sia ricorsa all'idea di un complesso processo dialogico tra le Corti d'Europa.

Tuttavia, le espressioni intorno alle quali si snoda l'indagine - "dialogo tra giudici" e "spazio costituzionale europeo" - necessitano di alcune precisazioni preliminari.

Certamente, è possibile constatare che la tematizzazione di un dialogo tra giudici fa la sua comparsa in una pluralità di contesti differenti della riflessione accademica. Conosce particolare fortuna come pietra angolare di dottrine sull'interpretazione dei diritti fondamentali, è particolarmente diffusa come chiave di lettura di pronunce giudiziali (spesso di giudici appartenenti a diversi ordinamenti) e, soprattutto, si colloca alla periferia di una pluralità di discorsi distinti: dalle trattazioni sull'espansione del

¹ Come sarà evidenziato nel corpo del lavoro (Capitolo I, paragrafo 6 "Il dialogo nello *spazio costituzionale europeo* come oggetto di indagine"), la ricerca sarà svolta sulla base di un'analisi metagiurisprudenziale, senza fare esclusivo affidamento ad un preciso concetto dogmatico di dialogo. Il dialogo nello *spazio costituzionale europeo*, dunque, verrà ricostruito guardando direttamente al discorso e all'attività dei giuristi e, soprattutto, delle Corti, alle affermazioni esplicite ed implicite sul dialogo, all'atteggiamento tenuto nei confronti degli ordinamenti concorrenti.

potere giudiziario, agli studi sull'integrazione comunitaria europea, passando per il tema della globalizzazione giuridica, della proliferazione di tribunali internazionali, del diritto comparato, del processo di costituzionalizzazione e internazionalizzazione dei diritti della seconda metà del Novecento.

Il *diramarsi* dell'espressione in tanti e distinti ambiti - cui si accompagna una proliferazione di divergenti ricostruzioni e modi di intendere siffatto dialogo tanto estesa da dar adito a più di un dubbio circa la stessa unitarietà della relativa nozione - serve a rendere ragione della scelta di premettere alla trattazione vera e propria una prima parte a carattere introduttivo.

Nel primo capitolo, infatti, viene effettuata una ricognizione degli ambiti in cui si parla - o si è parlato - di dialogo tra giudici, tracciando alcune distinzioni preliminari all'interno dell'etichetta "dialogo tra giudici". È stato così possibile isolare e distinguere un dialogo giudiziario *in ambito interno* - tra giudici appartenenti al *medesimo* ordinamento giuridico - un dialogo giudiziario *in ambito transnazionale* - tra giudici appartenenti a *differenti* ordinamenti giuridici - e, per l'appunto, un dialogo giudiziario *nell'ambito dello spazio costituzionale europeo*.

Tale rassegna introduttiva è seguita dall'indagine sul dialogo nello spazio costituzionale europeo, da intendersi nei termini sopra precisati.

In particolare, si è scelto di effettuare una ripartizione in tre capitoli: il primo, dedicato ai rapporti tra giurisdizione nazionale italiana (in particolare costituzionale) e Corte di Giustizia dell'Unione europea; il secondo, dedicato ai rapporti tra giurisdizione nazionale italiana (in particolare costituzionale) e Corte europea di Strasburgo e, infine, l'ultimo dedicato ai rapporti tra il giudice dell'Unione e il giudice della Convenzione².

Da un punto di vista espositivo, ciascun capitolo è preceduto da una introduzione esplicativa dell'analisi che si andrà a condurre, della sua organizzazione e dell'*iter* seguito e ad esse si rimanda per una sintetica descrizione del contenuto di ciascun capitolo.

² Come sarà evidenziato nel corpo del lavoro (Capitolo I, paragrafo 6 "Il dialogo nello *spazio costituzionale europeo* come oggetto di indagine"), la scelta di fare riferimento ad un ordinamento nazionale specifico si giustifica sia per evidenti e banali ragioni di familiarità con l'esperienza italiana, sia per le caratteristiche intrinseche della stessa, che permettono di ricavarne chiavi di lettura e schemi interpretativi utilizzabili anche in riferimento a frammenti di altre esperienze europee.

Specularmente, ciascun capitolo si conclude con un paragrafo, in cui vengono effettuate talune considerazioni finali sul dialogo tra le corti volta volta considerate, per evitare che l'ampiezza e l'eterogeneità del materiale giurisprudenziale considerato impedisca di mettere a fuoco i punti essenziali sull'emersione e la sedimentazione dell'idea del dialogo tra giudici in Europa.

Sulla base di tali considerazioni finali, in cui si condensano i risultati dell'analisi svolta in ciascun capitolo, si effettuerà un tentativo di bilancio generale sul dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo, a conclusione della disamina svolta.

CAPITOLO I - Il dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo

1. Il successo del dialogo

“Conversazione”, “comunicazione”, ma, soprattutto “dialogo”: concetti all’ordine del giorno nell’attuale letteratura politologica, sociologica e, soprattutto, giuridica. Nella riflessione accademica l’idea del dialogo trova oggi frequentemente impiego, tanto in funzione descrittiva quanto prescrittiva: in un crescente numero di contributi, queste nozioni vengono utilizzate per mostrare *come* i vari attori istituzionali o sociali interagiscono tra di loro ovvero *perché* è opportuno o desiderabile che interagiscano secondo tali moduli³.

Sono abbastanza comuni, infatti, i richiami al dialogo in riferimento alle parti sociali o alle confessioni religiose (talvolta culture)⁴. Se il dialogo è, letteralmente, “colloquio, comunicazione costante tra persone o gruppi di persone che permette di eliminare o ridurre gli elementi di dissenso e favorisce la comprensione reciproca”⁵ è certamente comprensibile che venga predicato in relazione a soggetti che muovono da prospettive o

³ M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, in cui, a pag. 3, discorrendo del fenomeno della “rise of conversations”, viene affermato: “relationship between public authorities belonging of any of Montesquieu’s three branches of government are increasingly conceptualised as involving elements of communication and conversation”.

⁴ F. Jullien, *L’universale e il comune: il dialogo tra culture*, Roma Bari, Laterza, 2010. Si veda anche B. De Lamy, “Dialogue des juges: cadre, enjeux et perplexité” in E. Bonis, V. Malabat (Dir.), *La qualité de la norme. L’élaboration de la norme*, Paris, Mare et Martin, 2016 (pag. 23: “L’expression est apparue, dans la seconde partie du XXème siècle, peut-être parce que le mot ‘dialogue’ a pris à cette période là une autre acception. [...] Au XXème siècle, enfin, ‘il a développé le sens de discussion, négociation, dans le vocabulaire politique et syndical’, on parlera ainsi de dialogue social. Le dialogue serait l’exutoire de tensions détournées ainsi de l’affrontement”); H. Jasch, “State-Dialogue with Muslim Communities in Italy and Germany - The Political Context and the Legal Frameworks for Dialogue with Islamic Faith Communities in Both Countries” in *German Law Journal*, vol. 8, 2007, pagg. 341 e ss.

⁵ “Dialogo” (voce), in *Il grande dizionario Garzanti della lingua italiana*, Milano, Garzanti, 1990. Similmente, dalla consultazione del vocabolario Treccani a disposizione sul sito <http://www.treccani.it/>, leggiamo: “Discorso, colloquio fra due o più persone [...] Per estensione, nel linguaggio politico e giornalistico, incontro tra forze politiche diverse, discussione più o meno concorde o che miri a un’intesa (*il d. fra Oriente e Occidente; aprire un d. fra partiti contrapposti*); in senso più ampio, discussione aperta, di persone disposte a ragionare con spirito democratico (*mio padre non accetta il d.; tra noi manca il d., ognuno resta della sua opinione*).

presupposti dogmatici-ideologici opposti, talvolta reciprocamente escludenti.

Ancora, si parla di “dialogo politico” a proposito del coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel fenomeno di integrazione sovranazionale, funzionale ad una più decisa parlamentarizzazione del processo decisionale nell’Unione europea: si tratta di una idea che nasce “dall’esigenza, emersa in seno alla Commissione stessa [...] di rapportarsi con i Parlamenti Nazionali *in forma cooperativa e non competitiva o antagonistica*”⁶.

Del resto, l’idea non è affatto nuova, dato che varie sono le teorie normative dei processi decisionali pubblici che si fondano su interazioni intersoggettive contraddistinte da una certa qualità deliberativa⁷: appunto, “dialoghi”. In particolare, vi sono modelli di democrazia deliberativa che concepiscono il “dialogo” come una forma di *agire comunicativo* volto al raggiungimento di un *accordo* tra i diversi soggetti partecipanti, attraverso un processo di *argomentazione*, cioè uno scambio di argomenti razionali (‘ragioni’), comprensibili e accettati dagli altri⁸: e ciò in radicale contrapposizione a un modello di azione *strategica*, volta al *successo* del singolo sugli altri partecipanti, attraverso un processo di *negoiazione*, di reciproche ‘concessioni’,

⁶ Così, P. Piciacchia, “Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei Parlamenti nazionali nell’UE”, in *Nomos* 1/2016, pag. 2. Sul ‘dialogo politico’, vedi anche: L. Gianniti, “Il ruolo dei Parlamenti nazionali dopo il Trattato di Lisbona: un’opportunità o un problema?” in www.astrid-online.it; M. B. Rasmussen, M. K. Dionigi, “National Parliaments’ Use of the Political Dialogue: Institutional Lobbyists, Traditionalists or Communicators?”, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 56, 2018, pagg. 1108 e ss.

⁷ F. Viola, “La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo”, in *Ragion pratica* 1/2003, pagg. 33 e ss. (pag. 40: “È importante distinguere la deliberazione dalla discussione. Non solo la deliberazione è necessariamente finalizzata ad una decisione, ma anche è una discussione in cui è ammesso soltanto portare delle ragioni. Una ragione è una considerazione che conta in favore di qualcosa. Il senso di ‘contare per qualcosa’ è normativo. Quali considerazioni contano come ragioni dipende da ciò che in un determinato contesto è considerato come ciò che conta in favore di qualcosa”).

⁸ J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo*, Bologna, Il Mulino, 1986; J. Habermas (a cura di L. Ceppa), *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari Roma, Editori Laterza 2013; J. Elster, *Argomentare e negoziare*, Milano, Anabasi, 1993. Vedi anche: J. Bohman, “The Coming of Age of Deliberative Democracy”, in *The Journal of Political Philosophy*, n. 6, 1998, issue 4; R. Alexy, “Basic Rights and Democracy in J. Habermas’s Procedural Paradigm of the Law”, in *Ratio Juris*, n. 7, 1994, pagg. 227 e ss.; G. Giacomini, “Habermas 2.0. Un approccio filosofico alla neointermediazione e al ritorno (potenziato) dell’agire strategico” in *Ragion pratica*, 1/2020, pagg. 31 e ss.

Per inciso, nell’ambito degli studi americani sul dialogo, Jenny Martinez afferma che “a dialogue in which courts are ‘required both to speak and listen as equals’ in some ways fulfills this ideal [*i.e.* Habermas’s proceduralist paradigm of law through discourse: free and equal persons in a conversation where persons must regard as legitimate any laws which they are both the authors and the addressees]” Cfr: J. S. Martinez “Towards an International Judicial System” in *Stanford Law Review*, vol. 56, n. 2, 2003, pagg. 429 e ss. (nota n. 153 pag. 465).

‘promesse’ o ‘minacce’⁹.

Il dialogo, tuttavia, non è estraneo neanche all’opposto modello della democrazia rappresentativa: è noto come la letteratura nordamericana abbia impiegato tale concetto per conciliare il potere di *judicial review of legislation* con la regola maggioritaria che regge il processo decisionale¹⁰. Nella letteratura canadese, ad esempio, vi è chi ha teorizzato il rapporto tra Legislatore e Corte suprema nei termini di un dialogo, dato che ciascuno dei due attori ha sempre la possibilità di ‘reagire’ all’attività dell’altro; altri vi hanno costruito il vero e proprio fondamento normativo dell’attribuzione del potere di revisione della legge ad un giudice politicamente irresponsabile¹¹. Recentemente, nella sua *Relazione* sull’attività della Corte costituzionale italiana per il 2019, anche la presidente Marta Cartabia ha identificato, tra le linee di tendenza della giurisprudenza

⁹ Per la infruttuosità e “inutilità” ai fini di una analisi giusrealista del dialogo intergiudiziale della distinzione tra le “razionalità” alla base delle due diverse azioni sociali o comunicative vedi: G. Itzcovich, “L’integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di Giustizia nella ‘guerra delle banane’” in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2004, pagg. 385 e ss., vedi in particolare pagg. 395-397.

¹⁰ Il riferimento è, evidentemente, alla “difficoltà contromaggioritaria”, rispetto alla quale, icasticamente Barry Friedman: “We have been haunted by the ‘countermajoritarian difficulty’ far too long. At least since Alexander Bickel’s *The Least Dangerous Branch*, constitutional scholars have been preoccupied, indeed one might say obsessed, by the perceived necessity of legitimizing judicial review” (B. Friedman, “Dialogue and Judicial Review” in *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, pagg. 577 e ss.). Si veda anche la rassegna in: C. Bateup, “The Dialogic Promise - Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue” in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, n. 3, 2006, pagg. 1109 e ss. (in cui: “Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review”).

¹¹ Si vedano: P. W. Hogg, A. A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, in *Osgoode Hall Law Journal* vol. 35, 1997, pagg. 76 e ss.; L. B. Tremblay, “The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures”, in *International Journal of Constitutional Law* vol. 3 2005, pagg. 617 e ss.; G. Dor, ‘Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective’, *Indiana International & Comparative Law Review* vol. 11 2000, pagg. 1 e ss.

Alcuni spunti a proposito della “teoria del dialogo” di derivazione canadese e ad un suo utilizzo anche in altri ambiti in: M. Claes M. de Visser, “Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks” in *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 2 (May) 2012, pagg. 100 e ss.; Lize R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Intersentia, Antwerp, 2016, pagg. 69 e ss.; B. Petkova, “Three Levels of Dialogue in Precedent Formation at the CJEU and ECtHR,” in K. Dzehtsiarou, T. Konstantinides, T. Lock, and N. O’Meara (eds.), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and ECHR*, London, Routledge, 2014, pagg. 73 e ss.; S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law* vol. 49 2001, pagg. 707 e ss.; A. Barak, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review* vol. 116 2002, pagg. 16 e ss.; R. Clayton, “Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention under the Human Rights Act 1998”, in 2004 *Public Law* 33.

costituzionale, “il rafforzamento del dialogo con il legislatore”¹².

Il successo del dialogo in tanti e diversi ambiti, tuttavia, non vale ad oscurare un dato sicuramente significativo: la sua maggior diffusione riguarda, infatti, il mondo giudiziario e i rapporti *intergiudiziali*¹³. Attualmente, nella letteratura giuridica non si contano i contenuti che hanno ad oggetto il dialogo tra giudici, che ne fanno uso, che lo menzionano, che lo presuppongono: oggi, il dialogo tra corti, stilema *à la page*, è veramente “dappertutto”¹⁴, utilizzato per descrivere (e/o prescrivere) la tendenza alla *comunicazione* e le interazioni *tra* istanze giurisdizionali. Per inciso e significativamente, i riferimenti al dialogo tra corti si ritrovano soprattutto negli scritti

¹² Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività della Corte costituzionale del 2019 (reperibile sul sito istituzionale della Corte), pag. 5. In particolare, il riferimento è alla innovativa tecnica processuale della “decisione in due tempi”, utilizzata per la prima volta nel giudizio di costituzionalità dell’art. 580 c.p. (Istigazione o aiuto al suicidio), con l’ordinanza 207 del 2018 e, poi, la sentenza n. 242 del 2019.

¹³ Andrea Ridolfi azzarda l’ipotesi che il “dialogo” sia una delle “grandi metafore” del diritto, per poi definire la bibliografia presente sul punto “sterminata”; Sul punto: A. Ridolfi, “Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del cosiddetto dialogo tra corti” in *Rivista AIC* 3/2016.

¹⁴ Così, testualmente, L. Burgorgue-Larsen, “Le dialogue des juges. L’ère dialogique en question(s). De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges”, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Extensio Editions, 2016, pag. 771. La stessa Burgorgue-Larsen ricorda, nella più celebre pubblicazione collettanea che la dottrina francese ha dedicato al dialogo tra giudici, come la formula in questione “a recueilli de tels échos doctrinaux qu’elle en est devenue presque insaisissable ce qui est, à n’en pas douter, la rançon paradoxale d’un succès fulgurant. Combien de colloques, d’ouvrages, d’articles l’utilisent (mais très souvent avec des sens différents), tant elle est emblématique d’une nouvelle configuration des rapports entre des institutions en charge de rendre la justice” (L. Burgorgue-Larsen, “De l’internationalisation du dialogue des juges”, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pag. 98). Concorde sulla diffusione della tematica anche Joel Andriantsimbazovina, per cui “le ‘dialogue des juges’ fait partie dorénavant du langage des juristes: 48 ref. dans la base de données Lextenso, 74 ref. Lexis Nexis; 144 Dalloz” (J. Andriantsimbazovina, “L’autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable” in *Le dialogue des juges, Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois, cit.*, pag. 13).

accademici - o, comunque, extragiudiziari - degli stessi giudici¹⁵.

Orbene, *prima facie* parlare di dialogo giudiziario è una allusione al fatto che, in un qualche senso da precisare, le corti *comunicano* tra loro; tuttavia, questa immagine, evocata dall'espressione, sembra collidere frontalmente con il tradizionale modello - sedimentato in alcuni secoli di cultura giuridica - del giudice legalista, il solitario per eccellenza¹⁶, “un automate qui ne peut parler que de manière anonyme, *au nom de la*

¹⁵ *Ex multis*, Solemn hearing of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year Friday, 19 January 2007 Speech by Mr Luzius Wildhaber Former President of the European Court of Human Rights, reperibile sul sito istituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo (in cui: “I have had the great privilege and pleasure of visiting practically all of the national supreme and constitutional courts who are our *partners* in this system. My colleagues and I have advocated a *continuous dialogue* between these courts and Strasbourg [...] we have maintained a living dialogue with our colleagues in the national supreme and constitutional courts and in other international courts”); M. Cartabia, “Europe today: Bridges and Walls” in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, Vol.16(3), pagg.741 e ss., in cui, dopo aver definito in termini di “dialogo” le interazioni tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte costituzionale tedesca nel caso *Gauweiler*, da una parte, e quelle tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte costituzionale italiana (caso *Taricco*) dall'altra, parla di un “dialogue, although different in style, [...] very fruitful, [...] liberat[ing] a generative energy”. Similmente, anche il giudice costituzionale Francesco Viganò parla della “responsabilità” di applicare, interpretare e definire i diritti fondamentali in capo a ciascun giudice “nell'ambito delle proprie competenze, ma sempre in un'ottica di reciproca *leale cooperazione*, e di costante *dialogo*, con l'attore istituzionale che di ciascuno di tali strumenti è l'interprete ultimo” (F. Viganò, “La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali” in *Quaderni costituzionali* Fascicolo 2, giugno 2019); Andreas Voßkuhle, “Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*” in *European Constitutional Law Review*, vol. 6 2010, pagg. 715 e ss.; K. Lenaerts, J. A. Gutierrez-Fons, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, in *Common Market Law Review*, December 2010, Vol.47(6), pagg.1629 e ss.; C. Timmermans, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights,” in A. Arnulf, C. Barnard, M. Dougan, and E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States: Essays in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

¹⁶ K. Roach, “Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience”, 40 *Texas International Law Journal* 537 (2005), pagg. 537 e ss. (pag. 537: “The idea of dialogue is in some respects an implausible way to describe the authoritative act of judging. Judges, at the end of the day, do not enter into dialogue or a conversation with anyone. In a jurisprudential sense, they decide cases according to their view of the law. Institutionally, they expect their decisions will settle disputes and be obeyed, not start conversations”). Si veda anche S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli editore, 2009, pag. 10: “L'ipotesi di base di questo scritto è che le corti svolgano un ruolo importante nel sottrarre dall'*isolamento* ordini giuridici diversi e diversamente collocati”; Id, “Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino” in *Ars Interpretandi* 1/2015, pagg. 21 e ss. (“le corti supreme, da organismi solitari, stanno divenendo parti di un sistema corale”); B. de Lamy, “Dialogue des juges: cadre, enjeux et perplexité”, *cit.*, pag. 3 (“Bref, le juge sortirait de son isolement, non pour échanger avec ses semblables, mais pour échanger avec des juges d'un autre système juridique”)

loi”¹⁷.

Quale che sia (e se vi sia) l'utilità teorica o pratica del “dialogo tra giudici”, la crescente attenzione ad esso dedicata è perlomeno indicativa di una discontinuità nel modo di pensare la figura del giudice¹⁸: il che costituisce giustificazione necessaria e sufficiente per un approfondimento dell'indagine sulla esistenza e consistenza di siffatto dialogo.

2. Dialoghi (al plurale) tra giudici?

Il *dialogo tra giudici* è un sintagma fortunato, dotato di un particolare fascino agli occhi dei giuristi accademici e pratici, che ad esso guardano con crescente interesse, nonché, secondo la colorita espressione francese, una delle molte manifestazioni della “*montée en puissance de juges*”¹⁹, della accresciuta autonoma rilevanza della funzione

¹⁷ J. Allard e A. Van Waeyenberge, “De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger”, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2008, pagg. 109 e ss.

¹⁸ A. Rosas, “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue” in *European Journal of Legal Studies*, 1/2007 pag. 2 “the role of an independent judiciary in ensuring the rule of law and protecting fundamental rights has been recognised to a greater extent even in countries [...] where the judge was traditionally seen more as a civil servant who should implement the will of the State”

G. Itzcovich, “Dialogo tra giudici e cultura giuridica”, *paper* presentato al *workshop* “Dialogo e riconoscimento fra corti nazionali e internazionali”, Università degli Studi di Parma, 7 marzo 2018 (“L'emersione di questo concetto giuridico di dialogo [...] è senz'altro qualcosa di nuovo. Con una battuta: dal giudice *bouche de la loi*, al giudice “voce della comunità”, diplomatico ed esperto di comunicazione. È chiaro che qualcosa è cambiato rispetto alla dottrina della sovranità e alle teorie dell'ordinamento giuridico e della funzione giurisdizionale implicite o esplicite nella cultura giuridica della prima metà del Novecento”); J. Allard, “Le juge en France. Un statut en pleine évolution?”, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁹ M. Delmas-Marty, “La mondialisation et montée en puissance des juges” in P. Martens, L. Hennebel, J. Allard, M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pagg. 95 e ss.; J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005; J. Allard e A. Van Waeyenberge, “De la bouche à l'oreille?”, *cit.*, (pagg. 110-111: “L'expression de ‘*montée en puissance*’ indique que le rôle du juge dans la société devrait être abordé en termes de pouvoir. Or l'ordre juridique moderne, dans lequel nous évoluons encore, s'est bâti sur le présupposé inverse : notre système – au contraire du système de *Common Law* – place le juge en bas de la chaîne qui va de la production de la norme à son application et repose sur une série de règles et de procédures visant à limiter autant que possible le pouvoir du juge sur le droit et dans la société, voire parfois à en nier l'existence politique. Le juge, dit Montesquieu, n'est que la bouche de la loi, une puissance invisible et nulle...”). In Italia, E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008, pag. 45 e ss.

giurisdizionale²⁰.

L'indiscutibile popolarità dell'espressione non vale, tuttavia, a renderla esente da critiche che, alle volte, ben possono essere radicali²¹.

In generale, chi si occupa di *dialogo tra giudici* lamenta la mancanza di univocità su cosa si qualifichi come *dialogo tra giudici* e quali implicazioni derivino da tale qualifica²²: del pari, evidenzia come l'espressione in questione sia tanto diffusa quanto elusiva e che quella stessa comunità giuridica, in cui proliferano i contributi dedicati a tale tematica, non sembra essere del tutto sicura di ciò che costituisca *dialogo*²³. Ancora, è stato evidenziato che giuristi e giudici utilizzano la locuzione in maniera promiscua e secondo moduli variabili, per rendere conto di fenomeni anche sensibilmente diversi tra

²⁰ In generale, salvo poche eccezioni, non sono dati tentativi di ricostruzione unitaria del concetto giuridico di dialogo, tale da ricomprendere e il dialogo tra giudici e il dialogo tra giudice e Legislatore o il dialogo proprio dei modelli di democrazia deliberativa. Ricordiamo tuttavia il tentativo di: A. Meuwese M. Snel, “‘Constitutional Dialogue’: An Overview” in *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, pagg. 126 e ss.

In J. Bengoetxea, “Judicial and interdisciplinary dialogues in European Law” in B. Hess, S. Ménétrey (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, Larcier, Bruxelles 2014, Joxerramon Bengoetxea distingue le seguenti forme di dialogo, che si riscontrano prevalentemente, ma non esclusivamente, in ambito giudiziario: “dialogue (i) as a debate; (ii) as institutional cooperation; (iii) as citations; (iv) as networks”.

²¹ Si pensi al provocatorio titolo del convegno organizzato presso la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz “Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation our réalité?”, di cui gli atti in: F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation our réalité?* Bruylant, Bruxelles 2004. Piet Eeckhout, invece, scomoda Walter Bryce Gallie: “It is clear that judicial dialogue is an essentially contested concept. Si veda: P. Eeckhout, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky” in *Fordham International Law Journal* vol. 38 2015, pag. 955 e ss..

²² L. Burgorgue-Larsen, “De l'internationalisation du dialogue des juges”, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pag. 98, (vedi nota ...: “a recueilli de tels échos doctrinaux qu'elle en est devenue presque insaisissable ce qui est, à n'en pas douter, la rançon paradoxale d'un succès fulgurant. Combien de colloques, d'ouvrages, d'articles l'utilisent mais très souvent avec des sens différents...”); M. Díaz Crego, “Diálogo judicial” in *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 9/2015, pagg. 289 e ss. (“El término diálogo judicial no se presta a una definición indiscutida. No en vano, en los últimos años, el análisis de este fenómeno por académicos de todo el mundo ha puesto de relieve las múltiples facetas del diálogo entre tribunales, al utilizar esta terminología para describir fenómenos que presentan importantes divergencias”).

²³ M. D. Poli, “The Judicial Dialogue in Europe. Adding Clarity to a Persistently Cloudy Concept” in *ICL Journal (Vienna Journal on International Constitutional Law)*, vol. 11, issue 3, 2017, pagg. 351 e ss. (pag. 353: “Although the notion of a judicial dialogue would seem generally beneficial, a cloud of scepticism envelops this concept. Some scholars – emphasizing the conflictual nature of the relationships among courts – even put into doubt its existence, considering the dialogical perspective too optimistic and idealistic and dismissing the dialogue as a mere myth”).

loro²⁴: tale tendenza ha portato taluni commentatori ad osservare, con un pizzico di malizia, che, in fondo, l'espressione significa "anything its user wants it to mean"²⁵.

In ogni caso, ancorché nessuno affermi espressamente la eterogeneità degli usi e di significati ascrivibili all'espressione *dialogo tra giudici*, spesso, sul presupposto di una certa opacità della nozione, la dottrina giuridica effettua classificazioni - inevitabilmente divergenti - dei singoli tipi di dialogo, per evitare la confusione ingenerata dalla loro compresenza nel discorso giuridico.

In "A Typology of Transjudicial Communication"²⁶, Anne-Marie Slaughter individua più possibili classificazioni, sulla base:

- (i) della posizione delle corti coinvolte nel dialogo (nazionali e sovranazionali), distinguendo così: (a) comunicazione orizzontale ("horizontal communication") tra corti di pari *status*, nazionali o sovranazionali; (b) comunicazione verticale ("vertical communication") tra corti nazionali e sovranazionali o internazionali; (c) comunicazione mista verticale-orizzontale;
- (ii) del grado di coinvolgimento reciproco nel dialogo, distinguendo così (a) dialogo diretto; (b) monologo; (c) dialogo tramite intermediari;
- (iii) delle funzioni svolte dal dialogo, distinguendo così: (a) potenziamento dell'effettività del diritto internazionale e sovranazionale; (b) controllo e promozione del rispetto reciproco degli obblighi internazionali; (c) fertilizzazione reciproca ("cross-fertilization") di sistemi su scala globale; (d) rafforzamento delle argomentazioni giuridiche (e) deliberazione collettiva su problemi comuni;

Viceversa, nella premessa per cui "non tutte le ipotesi considerate si adattano all'idea di un *genuino dialogo tra pari*", Allan Rosas distingue cinque forme di relazioni tra

²⁴ G. Martinico, "Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)" in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo* 2/2015, pag. 307: "Qui si potrebbe aprire un vero e proprio 'vaso di Pandora', tanto è *contestata* la validità scientifica di tale concetto..."

²⁵ C. M. Zoethout, "On the Different Meanings of 'Judicial Dialogue'. Book Review of Michal Bobek: *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*", in *European Constitutional Law Review*, 2014, pag. 175; Ead., "The European Court of Human Rights and Transnational Judicial Dialogue", in *9 Vienna Journal on International Constitutional Law* (2015), pag. 400.

²⁶ A-M. Slaughter, "A Typology of Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 99, 1994, pagg. 99 e ss.

giudici, qualificabili (evidentemente in senso ampio) come *dialogo*²⁷:

- (i) dialogo rigidamente verticale e gerarchico, tra corti appartenenti allo stesso sistema giuridico, in cui una corte di vertice ha il potere di annullare o modificare le decisioni dell'organo sotto ordinato;
- (ii) dialogo non verticale né gerarchico intercorrente tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e il giudice nazionale di uno Stato membro che abbia rimesso una questione di pregiudizialità di interpretazione o validità del diritto comunitario;
- (iii) dialogo 'semi-verticale' tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo;
- (iv) dialogo tra giurisdizioni internazionali materialmente concorrenti;
- (v) dialogo orizzontale, tra Corti che sono reputate trovarsi "allo stesso livello", come le corti costituzionali nazionali di diversi ordinamenti;

Come che sia, volendo lasciare impregiudicata la questione dell'unitarietà del concetto in questione, è certamente possibile rilevare che di *dialogo tra giudici* si è parlato - e, continua a parlarsi - perlomeno in tre differenti ambiti:

- (i) un dialogo tra giudici che ha luogo tra giudici appartenenti al *medesimo* ordinamento giuridico. A fini meramente classificatori ed espositivi, (ri)definiamo questa ipotesi dialogo *interno*, al fine di sottolinearne la specifica ambientazione, dispiegandosi esso in una dimensione tutta *interna* al singolo ordinamento;
- (ii) un dialogo tra giudici che ha luogo "oltre i confini"²⁸, tra giudici appartenenti a *differenti* ordinamenti giuridici. A fini meramente classificatori ed espositivi, (ri)definiamo questa ipotesi come dialogo *transnazionale*, al fine di sottolineare la dimensione prettamente transnazionale in cui interviene;
- (iii) un dialogo tra giudici che ha luogo tra giurisdizioni nazionali (costituzionali o supreme), la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, particolarmente in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. A fini meramente classificatori ed espositivi, (ri)definiamo questa terza ipotesi come dialogo *nello spazio costituzionale europeo*, al fine di evidenziare come esso si

²⁷ A. Rosas, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue" in *European Journal of Legal Studies*, 1/2007

²⁸ A. M. Slaughter, "A Typology of Transjudicial Communication", 29 *University of Richmond Law Review* 99 (1994), pag. 101.

accompagni all'idea della sussistenza e coesistenza di più ordinamenti giuridici 'aperti' l'uno all'altro, non mutuamente esclusivi e non legati da rapporti di gerarchia o autorità.

3. Il dialogo giudiziale interno

Il *dialogo tra giudici* trova un primo impiego in letteratura per descrivere i rapporti intercorrenti tra organi giurisdizionali appartenenti ad uno stesso determinato ordinamento. Più precisamente, il dialogo in questione assume quali interlocutori quegli organi giurisdizionali che presentano sfere di giurisdizione distinte: in via esemplificativa, giudice ordinario e giudice speciale ovvero, negli ordinamenti caratterizzati da un sistema di giustizia costituzionale accentrato, giudice comune e corte costituzionale²⁹.

Esso presuppone, dunque, la sussistenza nell'ordinamento di una molteplicità di organi giurisdizionali i quali, istituzionalmente, presentano sfere di giurisdizione distinte (pluralismo giudiziario *intraordinamentale*). Sono normalmente esclusi dalla ricostruzione in termini di dialogo sia i rapporti della sezione rimettente di una corte di legittimità con il *plenum* dell'organo nomofilattico - facendo leva sulla assenza di un

²⁹ Ne troviamo esempi in letteratura di lingua italiana, su cui vedi *infra*, e francese: B. Stirn, "Le Conseil d'État et le dialogue des juges", in F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir), *Le dialogue entre les juges européennes et nationaux: incantation ou réalité? cit.*, (pag. 82: "Pour le Conseil d'État, le dialogue est traditionnel avec la Cour de Cassation. Les questions préjudicielles, la définition en commun des lignes de partage des compétences, l'application parfois du droit administratif par le juge judiciaire et celle du droit civil, ou du moins des principes dont il s'inspire, par le juge administratif en ont donné maintes occasions. Dans l'ensemble une écoute attentive a permis la cohérence des jurisprudences"); C. Maugué, "La QPC: 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue", in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 47/2, 2015, pagg. 9 e ss. ("La mise en œuvre de la QPC a été l'occasion d'un approfondissement du dialogue des juges. Ce constat ressort de l'évidence pour ce qui concerne les relations entre le Conseil d'État et la Cour de cassation d'un côté, et le Conseil constitutionnel de l'autre côté. Mais il vaut aussi pour les relations entre Conseil d'État et Cour de cassation"); si veda anche la relazione di Régis de Gouttes (Premier Avocat Général à la Cour de Cassation) dedicata a "le dialogue entre le Conseil Constitutionnel et les juridictions supérieures de l'ordre judiciaire et administratif" (reperibile sul sito istituzionale: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>). Sulla riforma francese operata con la *loi constitutionnelle* n. 724/2008 introduttiva di una forma di controllo di costituzionalità *a posteriori* attivabile da parte del giudice ordinario ed amministrativo francese, si veda: S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale: ideologia, politica e dialogo tra Corti*, ESI, Napoli 2016; F. Fabbrini, "Kelsen in Paris: France's constitutional Reform and the Introduction of a *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation" in *German Law Journal* 9/2008; F. X. Millet, "L'exception d'incostitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable" in *Revue du droit publique* 2008, pagg. 1445 e ss..

vero e proprio interlocutore³⁰ -, sia tra giudici di primo grado, giudici di secondo grado e corti di legittimità - sulla base dell'asserita incompatibilità del potere di annullare o sostituire la decisione di un altro giudice con l'idea del *dialogo*³¹ -. Il dialogo *interno*, dunque, viene di fatto a coincidere con il solo dialogo "*intergiurisdizionale*", risultando escluso il dialogo "*intragjurisdizionale*".

Occorre precisare che, relativamente a questo ambito, l'impiego della nozione di dialogo assolve generalmente una funzione di descrizione irenistica dei rapporti tra corti, normalmente in opposizione all'antitetica descrizione polemistica in termini di "guerra tra giudici"³², con il che si allude ad eventuali situazioni di conflitto o di

³⁰ Predomina, dunque, l'idea dell'unitarietà dell'organo. Non è consueto, dunque, parlare di "dialogo" tra una sezione rimettente della Cassazione e la formazione denominata Sezioni Unite, ancorché nell'ordinanza di remissione vi siano argomenti volti a persuadere le SS.UU. a sostenere una data interpretazione di una disposizione. Lo stesso può dirsi relativamente alla remissione di questioni, a norma dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

³¹ Ad esempio, si veda: B. de Lamy, "Dialogue des juges: cadre, enjeux et perplexité", *cit.* (pag. 6 "Le dialogue des juges n'est-il pas apparu avec les juges eux-mêmes puisque juger c'est 'dire'? La préparation du jugement ne pousse t-elle pas le juge à un dialogue intérieur comme l'explique un auteur – ayant qualité de juge – titrant un article 'le dialogue du juge avec lui-même'? Un arrêt de cassation avec renvoi, l'éventuelle résistance des juges du fond à la Haute juridiction ne relèvent-ils pas d'un dialogue des juges? Plus encore, lorsqu'une question est envoyée à une chambre mixte ou que se réunit le Tribunal des conflits, il y aurait là des formations de jugement dédiées au dialogue. Cependant, *ces différentes situations n'ont jamais été désignées comme des figures du dialogue des juges* et l'expression, une fois répandue, n'est pas employée pour désigner ces hypothèses"). Il riferimento è a: J. P. Costa, "Le dialogue du juge avec lui-même" in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz Paris 2009, pagg. 195 e ss..

³² Ricordiamo l'espressione di Carlo Arturo Jemolo "guerra delle due Corti" coniata proprio in funzione descrittiva della vicenda di cui al testo. Si ricordi che la dottrina distingue normalmente una prima guerra tra corti (1965) e una seconda guerra tra corti (1998). In entrambe le ipotesi l'interlocutore della Corte costituzionale è rappresentato dalla Corte di Cassazione sezione penale. Si veda, a tale proposito: (a tale proposito, si veda: L. Elia, "Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, pagg. 537 e ss.); A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente'*. Genesi, uso, implicazioni, Milano, Giuffrè 1994, il quale ricorda vividamente che "già nel 1956 Calamandrei, nel salutare la nascita della Corte costituzionale, avvertiva che l'indispensabile condizione per il buon funzionamento del nostro sistema di giustizia costituzionale e per la difesa e la promozione dei valori costituzionali sarebbe stata 'un'atmosfera di intesa e di reciproca comprensione' tra la Corte e l'autorità giudiziaria. Egli riteneva, e a ragione, che tra i due organi di garanzia del nostro ordinamento non sarebbe stato sufficiente il rispetto meramente negativo dei propri limiti di competenza, che tutti gli organi pubblici sono tenuti ad osservare, ma fosse richiesta in più, affinché il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi potesse funzionare nella pratica, 'una vera e propria collaborazione attiva tra Corte costituzionale e giudici, che in questa funzione così delicata appaiono come congegni complementari e inseparabili di un unico meccanismo processuale'".

controversie interpretative³³. Disgraziatamente, infatti, qualora le controversie interpretative intercorrano tra giurisdizioni differenti - costituzionale e ordinaria; civile ed amministrativa - spesso manca uno strumento istituzionalmente deputato a delimitare la schizofrenia delle interpretazioni-prodotto di giudici appartenenti a ordini differenti³⁴. Esempio significativo di questo tipo di descrizione è dato dalla ricostruzione dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e quella ordinaria nei primi anni di funzionamento del Giudice di costituzionalità della legge³⁵. È noto come l'avvento nell'ordinamento italiano di una Costituzione rigida e (soprattutto) garantita nella seconda metà del Novecento abbia comportato un profondo mutamento del paradigma

³³ A tale proposito, si ricordi che l'equivocità delle disposizioni normative costituisce, perlomeno secondo un certo modo di vedere, il presupposto logico delle controversie interpretative. Come noto, l'equivocità dei materiali normativi a disposizione dell'interprete fa sì che una medesima disposizione ammetta una pluralità di significati: l'un interprete può trarne una norma, laddove l'altro interprete un'altra. Per inciso, la compresenza di organi giurisdizionali, formalmente chiamati all'esercizio di sfere competenziali autonome e distinte ma destinati ad operare con i medesimi materiali normativi, acuisce l'eventualità di 'interpretazioni(-prodotto) difformi. Normalmente, si reputa opportuno limitare - giacché non è possibile eliminarla - tale situazione di indeterminatezza circa le norme vigenti nell'ordinamento. Sul punto, si veda: R. Guastini, "Conoscere il diritto" in *Diritto e questioni pubbliche* 13/2013, pagg. 533-534) R. Guastini, "Per una tassonomia delle controversie tra giuristi" in *Diritto pubblico* 3/2011.

³⁴ E a salvaguardare esigenze di certezza del diritto, pari trattamento e di asserita coerenza dell'ordinamento. Sul punto: R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011 (pagg. 292 e ss: "talora, tuttavia, dicendo che il diritto è un ordinamento, si vuole dire che il diritto è un insieme di nome esso stesso *ordinato*: propriamente parlando, un 'sistema', cioè una totalità (i) assiologicamente coesa, (ii) logicamente coerente, e (iii) completa. [...] Ma ovviamente, assenza di autonomie e possibilità di risolverle sono cose del tutto diverse: la coerenza dell'ordinamento appare non già un dato di fatto, precostituito alla dogmatica (e alla giurisprudenza), ma piuttosto il risultato del lavoro dogmatico (e giurisprudenziale)").

³⁵ G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Giappichelli Torino, 2005; E. Resta, *Diritto vivente*, Laterza Editore, Roma-Bari 2008; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma Bari, Editori Laterza, 2012; Tania Groppi, "Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana" in *Politica del diritto* 2002 pagg. 217 e ss. Si veda anche: A. Ridolfi, "Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del cosiddetto dialogo tra corti", *cit.*, (pagg. 19 e ss: "Di dialogo tra Corti si è parlato, in primo luogo, a proposito dei rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni, [...] In effetti, il sistema italiano si colloca quasi a metà strada tra il *judicial review* statunitense e la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, e postula un continuo dialogo tra la Corte e l'autorità giudiziaria, poiché i giudici comuni sono i più diretti interlocutori della Corte, in virtù del fatto che sono, nello stesso tempo, i promotori ed i destinatari immediati delle pronunce costituzionali. Manifestazioni emblematiche di questo dialogo sono, da un lato, la c.d. 'dottrina del diritto vivente', e, dall'altro, la c.d. 'interpretazione conforme'").

dello Stato di diritto, segnandone la trasformazione in “Stato costituzionale di diritto”³⁶. Nell’ordinamento, la legge deve piegarsi alla fonte sovraordinata e, conseguentemente, anche la stessa legalità si infrange fino al punto di atteggiarsi duplicemente: da una parte, una “legalità legale”, la cui *vestale* è la Suprema Corte di Cassazione; dall’altra, la “legalità costituzionale”, presidiata dall’organo *nuovo*, la Corte costituzionale³⁷. Tuttavia, ad una simile “divisione del lavoro”, molto netta e precisa in astratto, non corrisponde altrettanto in concreto: la ricostruzione delle reciproche competenze delle due corti in termini di esclusività non risponde alla realtà ma costituisce, semmai, una esemplificazione quasi didattica³⁸. Al massimo, la metafora descrittiva più efficace sembra essere quella di un *nodo gordiano di competenze interpretative*, un viluppo che emerge immediatamente nella modalità principale con cui il controllo costituzionale

³⁶ M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli 2017, pagg. 21 e ss.; M. Luciani, “Interpretazione conforme a costituzione”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano Giuffrè 2016, (pag. 109: “Stato di diritto e Stato costituzionale di diritto non sono affatto la stessa cosa. Il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge; conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge a offrire presidio alle libertà individuali; morigeratezza dell’attività nomopoietica, che non conosceva l’inflazione della produzione normativa e, legando la legge alla *ratio* e l’atto amministrativo ai motivi dell’agire pubblico, rifiutava le leggi provvedimento; saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell’interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione, amministrativa o giurisdizionale che fosse”); P. Cruz Villalon, “Rights in Europe: The Crowded House”, in *King’s College Working Paper* 1/2012 (pag. 6: “A constant feature of the disputed territory of rights in Europe is the presence of ‘zones of friction’, that is, critical spots where the tension among these courts arise. [...] The first example which comes to my mind relates nevertheless to a situation developing within European states with constitutional jurisdiction. Here the new single constitutional court and the old overarching head of the national judiciary – the supreme court – may in the event violently collide. The zone of friction is identified with the couple of notions ‘constitutionality’ and ‘legality’”).

³⁷ Riecheggiano le parole del Presidente Enrico de Nicola: “La Corte, vestale della Costituzione [...] e la Magistratura vestale della legge”. Vedi anche: A. Cardone, “Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2001 pagg. 2893 e ss.. M. Luciani, “Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento” in *Studi in onore di Gianni Ferrara, Vol. II*, Giappichelli Torino 2005, pagg. 501 e ss..

³⁸ M. Nisticò, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato : contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015, (pagg. 109-110: “La ricostruzione semplificata dei rapporti tra giudice e Corte - secondo il modello della Corte *vestale della Costituzione* e della magistratura *vestale della legge*- pur dotata di solidi agganci sul piano strettamente processualistico, si rivelò ben presto troppo schematica. Dal punto di vista della teoria dell’interpretazione, peraltro, essa in alcun caso avrebbe potuto tradursi nella tesi secondo la quale l’interpretazione della sola legge era riservata ai giudici comuni e quella della sola Costituzione alla Corte costituzionale”).

della legge può essere attivato, ovvero l'incidente di costituzionalità.

La questione di legittimità costituzionale di una disposizione (o di una norma) che si prospetti ad un giudice, infatti, individua essenzialmente un tipo di antinomia in cui sono contrapposte una norma di rango legislativo e una di rango costituzionale. Tuttavia, è cosa nota - perlomeno secondo un certo modo di vedere - che nessuna antinomia esiste prima e, soprattutto, separatamente dall'interpretazione di cui, anzi, costituisce variabile dipendente³⁹. Questo significa che, necessariamente, il giudice comune, per poter arrivare a rimettere una questione di costituzionalità della legge all'esame della Corte costituzionale, deve interpretare non solo l'oggetto ma anche il parametro della stessa.

Qui si appunta, dunque, un primo momento di quella commistione di competenze difficilmente districabili sopra menzionata: il giudice ordinario, infatti, interpreta e la legge ordinaria e la Costituzione ai fini dell'attivazione in via incidentale del giudizio di costituzionalità⁴⁰.

Agli esordi della propria attività - e in una certa qual misura ancora oggi -, la Corte costituzionale interpretava e la legge e la Costituzione nell'esercizio delle proprie funzioni: essenzialmente, essa non si riteneva vincolata alla ricostruzione dell'antinomia costituzionale così come prospettata dal giudice rimettente. Sul piano interpretativo, questo atteggiamento del giudice costituzionale si concretizzava nella indicazione di un'altra interpretazione-prodotto che, prevenendo l'antinomia con la Costituzione, portasse a salvare la disposizione o la norma ordinaria. Sul piano processuale, questo atteggiamento si concretizzava nell'adozione di una particolare tipologia di pronunce,

³⁹ G. Tarello, "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi" in *Politica del diritto* 1977.

⁴⁰ A. Pugiotto, "Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni", in *Quaderni costituzionali* 1/2016, pagg. 149 e ss. (pag. 153: "C'è, però, un punto dove le acque della neonata Corte costituzionale e dell'autorità giurisdizionale si mescolano: l'interpretazione della legge. [...] Interpretarla spetta dapprima a chi solleva l'eccezione, ma a tale compito è poi chiamata anche la Corte costituzionale, senza che l'ordinamento appresti esplicitamente un sistema per risolvere eventuali divergenze tra giudice e Corte. Per quanto il sindacato di costituzionalità affondi le sue radici nella storia del costituzionalismo moderno, i giudici (costituzionali e comuni) si trovano così ad essere avi di se stessi, entrambi alle prese con una questione inedita e giuridicamente vertiginosa: come regolare tale concorrenza ermeneutica? E per giunta su un terreno dove, fino ad allora, aveva operato il potere giurisdizionale in regime di monopolio (intaccato solamente dall'impropria funzione d'interpretazione autentica legislativa)? Il pericolo - a un tempo processuale e istituzionale - è quello di *due soggetti che parlino per non intendersi, incapaci di un'autentica comunicazione*."

definite nella letteratura più diffusa come “sentenze interpretative di rigetto”. In definitiva, attraverso questa particolare tecnica decisoria, la Corte costituzionale dettava la propria (e alternativa) interpretazione-prodotto del testo normativo primario, normalmente adeguandola alla norma costituzionale invocata a parametro⁴¹.

In sintesi, la legalità costituzionale - e, dunque, la competenza interpretativa della Corte costituzionale - tendeva erodere gli spazi della lettura nomofilattica del giudice ordinario - e, dunque, la competenza interpretativa di quest'ultimo -.

In questa fase iniziale, dunque, il rapporto tra le due legalità risultava squilibrato a tutto vantaggio della Corte costituzionale: ciò fu percepito come una arbitraria usurpazione di competenza e diede luogo ad una ‘resistenza’ del giudice ordinario che ricusava l’interpretazione della legge avanzata dal giudice costituzionale, assegnando efficacia *inter partes* alle pronunce di rigetto delle questioni di costituzionalità⁴².

Questa situazione di tensione, in cui i rapporti tra i due organi coinvolti andavano irrigidendosi e amplificando una grave situazione di incertezza giuridica, fu essenzialmente risolta tramite l’elaborazione in via giurisprudenziale della dottrina del diritto vivente, con cui la Corte costituzionale ha fatto mostra di riconoscere la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, dicendosi disposta a non distaccarsi, nell’esame dei dubbi di costituzionalità, dal *fatto storico* dell’interpretazione comunemente praticata dal giudice ordinario⁴³.

L’etichetta *dialogo tra giudici* appare, dunque, in questo contesto utilizzata per descrivere una situazione di composizione dei rapporti (eventualmente anche conflittuali) tra sfere giudicanti distinte, attraverso l’elaborazione di strumenti e tecniche, come particolari categorie di sentenze (cd. interpretative) e orientamenti giurisprudenziali (cd. dottrina del diritto vivente).

⁴¹ R. Romboli, “L’applicazione della Costituzione da parte del giudice comune”, in S. Panizza; A. Pizzorusso; R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense* I, Pisa, 2002, pagg. 255 e ss.; R. Romboli, “L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune”, in E. Navarretta; A. Pertici (a cura di), *Il dialogo tra Corti. Principi e modelli di argomentazione*. Atti del Seminario (Pisa, 3 aprile 2003), Pisa, Plus, 2004, pagg. 25 e ss..

⁴² Si allude all’atteggiamento della prevalente giurisprudenza teorica e pratica italiana, la cui unica eccezione è costituita da: A. Ruggeri, *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁴³ Si tratta di un riferimento alle posizioni di Tullio Ascarelli: T. Ascarelli, “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione” in *Rivista diritto processuale* 1957, pagg. 351 e ss.

4. Il dialogo giudiziale transnazionale

L'espressione *dialogo tra giudici* è anche impiegata per descrivere o fondare la legittimità dell'uso, da parte di corti internazionali e nazionali - normalmente corti supreme o costituzionali⁴⁴ - di giurisprudenze di organi giurisdizionali 'esteri', menzionandole nell'argomentazione dei propri ragionamenti giuridici, in particolare quando si faccia questione di diritti fondamentali⁴⁵.

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta, questo filone dottrinario si è

⁴⁴ Per un esempio recente nell'ordinamento italiano, si veda la sentenza n. 32 del 2020 della Corte costituzionale, considerato in diritto par. 4.2.4, in cui, a proposito del campo applicativo del principio di irretroattività della legge penale: "Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, il generale divieto di 'ex post facto laws' sancito dalla Costituzione americana si applica anche alle modifiche delle norme in materia di esecuzione della pena che producano l'effetto pratico di prolungare la detenzione del condannato, modificando il quantum della pena e operando così come una legge retroattiva sfavorevole, in quanto tale non applicabile al condannato (*Weaver v. Graham*, 450 U.S. 24, 33 (1981); *Lynce v. Mathis*, 519 U.S. 433 (1997)). Nel senso, peraltro, che la garanzia dell'irretroattività opera solo allorché il ricorrente sia in grado di dimostrare che la modifica legislativa sopravvenuta crei un 'sufficiente rischio' di incrementare la durata della sua detenzione rispetto alla disciplina vigente al momento della commissione del fatto, *California Department of Corrections v. Morales*, 514 U.S. 499 (1995); *Garner v. Jones*, 529 U.S. 244 (2000)). Principi analoghi sono riconosciuti nell'ordinamento francese, quanto meno a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 112-2 del codice penale [...]" . Più raramente, sono i giudici comuni, anche di prime cure, a richiamare precedenti stranieri: celebre la sentenza del Tribunale ordinario penale di Cremona del 19 febbraio 2009 che fa riferimento ad un precedente della Corte suprema canadese, nell'occuparsi della fattispecie di reato "porto ingiustificato di armi od oggetti atti ad offendere" in riferimento al porto di coltello rituale *kirpan* di un appartenente alla religione *Sikh*.

⁴⁵ Giuseppe de Vergottini, che al dialogo tra corti ha dedicato uno dei primi contributi organici in Italia, sottolinea che si tratta molto spesso di una casistica in cui sono coinvolte "le sfide poste dalla modernità alla materia dei diritti fondamentali: governo del fenomeno migratorio, inquinamento ambientale, misure emergenziali di lotta al terrorismo; bioetica". Si veda: G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2014. Per il legame tra dialogo e globalizzazione, in Italia, il riferimento è l'opera di Maria Rosaria Ferrarese, su cui: M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino 2010, in particolare pagg. 227 e ss.

originato - nonché massimamente sviluppato - nei paesi anglosassoni⁴⁶, in cui non è insolito riferirsi a questo tipo di dialogo anche con le espressioni di “citazione” (*quotation*) o di “prestito” (*judicial borrowing*) di pronunce giudiziali straniere oppure nei termini di fertilizzazione costituzionale reciproca o incrociata (*constitutional cross-fertilization*)⁴⁷. In ogni caso, a partire dalle pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti “Knight v. Florida” del 1999, “Lawrence v. Texas” del 2003 e “Roper v. Simmons” del 2005, negli Stati Uniti ha preso piede una vivace discussione sulla pratica di riferirsi al diritto straniero cui hanno partecipato, tra i molti, anche gli (allora) componenti del supremo consesso giurisdizionale americano⁴⁸.

⁴⁶ Il riferimento è, in particolare, ad Anne-Marie Slaughter. Si veda: A.M. Slaughter, “A Global Community of Courts” in *Harvard International Law Journal*, 1/2003 (pagg. 202 e ss.); Ead. “A Typology of Transjudicial Communication” in *University of Richmond Law review*, 1994 (pagg. 132 e ss.); Ead., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2007. La studiosa italiana Tania Groppi ricorda che “tali studi [sul *judicial borrowing*] hanno una lunga tradizione nel mondo anglosassone (cfr., infatti, P.K. Tripathi, “Foreign Precedents and Constitutional Law”, in *Columbia Law Review*, 1957), radicata nella diffusa prassi di citazione dei precedenti giurisprudenziali stranieri che caratterizza gli Stati appartenenti al *Commonwealth* britannico, quale conseguenza della *common law* (U. Drobniç, S. Van Erp (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer, The Hague 1999). In particolare, la giurisprudenza del Privy Council ha profondamente influito sullo sviluppo giuridico di paesi come la Nuova Zelanda, l’Australia, l’India, il Sudafrica, Hong Kong e il Canada, nonché di altre ex colonie in Africa orientale e meridionale, in Asia e nel Pacifico” (T. Groppi, “Il dialogo tra corti in materia di antiterrorismo: strategia giurisprudenziale o convergenza culturale?” in *Politica del diritto* 1/2011; Ead, “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali” in *Quaderni Costituzionali* 1/2011). Sul punto, vedi anche: A. Harding, “Comparative Case Law in the Commonwealth: The Emerging Common Law of Human Rights”, in E. Özücü (a cura di), *Judicial Comparativism in Human Rights*, Birmingham, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003.

⁴⁷ M. A. Glendon, *Rights Talks: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991, pagg. 117 e ss.; nonché A. M. Slaughter in “A Typology of Transjudicial Communication”, *op. cit.*, pag. 158 (“it is the simple dissemination of ideas from one national legal system to another, from one regional legal system to another, or from the international legal system or a particular regional legal system to national legal systems. The purpose or effect of such cross-fertilization maybe to provide inspiration for the solution of a particular legal problem, such as the appropriate balance between individual freedom of expression and the needs of the community”) e A. M. Slaughter, “A Global Community of Courts” *cit.*, pagg. 194 e ss. (“Increasing cross-fertilization of ideas and precedents among constitutional judges around the world is gradually giving rise to a visible international consensus on various issues a consensus that, in turn, carries compelling weight”).

⁴⁸ Si veda, a tale proposito: N. Dorsen, A. Scalia and S. Breyer, “A Conversation between US Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer” in *International Journal of Constitutional Law* vol. 3, 2005 pagg. 519 e ss.; nonché J. Waldron, “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, in *Harvard Law Review* vol. 119, 2005, pagg. 129 e ss..

Questa declinazione del dialogo tra giudici è stata anche ‘inquadrata disciplinarmente’ nel settore del diritto costituzionale comparato: si è ritenuto, infatti, che la utilizzazione da parte dei giudici del diritto straniero - intendendo come tale il materiale normativo o il diritto giurisprudenziale di un altro ordinamento - costituisca una forma di ricorso al metodo comparatistico⁴⁹.

L’espressione *dialogo tra corti* viene, dunque, impiegata per descrivere i riferimenti che si rinvencono nel corpo di pronunce giurisdizionali a “strutture argomentative, schemi di bilanciamento tra principi costituzionali, attribuzioni di significato, materiali normativi”⁵⁰ *extra-ordinamentali*. Si tratta di un fenomeno in primo luogo spontaneo, dato che l’uso del diritto straniero in questione non coincide con le ipotesi di utilizzazione giuridicamente *necessitata* dello stesso

⁴⁹ Dubbio circa tale assimilazione, per non dire critico, Giuseppe De Vergottini (G. de Vergottini, *op. cit.*: “L’impressione è che, in realtà, soltanto in ipotesi circoscritte sia corretto parlare di dialogo, mentre di solito risulta del tutto improprio e svante abbinare al dialogo un supposto ricorso alla comparazione. In linea generale, infatti, uso del diritto straniero non equivale a uso del diritto comparato”). Si vedano anche: M. Taruffo, “The Use of Comparative Law by Courts”, in *Italian National Reports to the XIVth Congress of Comparative Law*, 1994; V. Zeno-Zencovich, “Il contributo storico-comparativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?”, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2005; A. Sperti, “I giudici costituzionali e la comparazione giuridica”, in *Giornale di storia costituzionale* vol. 19, 2010, pagg. 195 e ss. (pag. 196: “Se infatti, in passato il riferimento alle pronunce straniere avveniva principalmente nei casi di recezione di principi espressi nelle pronunce emesse in altri ordinamenti e di conseguente attribuzione ad esse del valore di fonte del diritto - come ad esempio avviene con riferimento, nell’ambito del Commonwealth, alle pronunce della Judicial Committee del Privy Council inglese - la giurisprudenza costituzionale più recente rileva un reciproco confronto e dialogo tra i giudici costituzionali i quali, con sempre maggior frequenza, rivolgono il proprio sguardo alla giurisprudenza delle corti costituzionali straniere”); L. Pegoraro, “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni ’80”, in *Quaderni costituzionali*, 1987; L. Pegoraro, P. Damiani, “Comparative law in the Judgements of Constitutional Courts”, in A.M. Rabello and A. Zanotti (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, 2001; L. Pegoraro, “L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana”, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, 2006; T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford 2013; E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Hart Publishing, Oxford 2013.

⁵⁰ A. Lollini, “*Searching for Differences*”: l’uso del diritto straniero seguendo un’ermeneutica per differenziazione”, in *Ars Interpretandi* 1/2016, pag.78; J. Allard, L. Van den Eynde, “Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme”, in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (sous la direction de), *Les sources du droit revisitées. Normativités concurrentes*, Presses de l’Université Saint-Louis (pag. 285: “Le dialogue des juges, qui désigne l’échange d’arguments, d’interprétations, de concepts et de solutions juridiques entre magistrats”).

(come in virtù di un rinvio normativo⁵¹), e, in secondo luogo, del tutto privo di fondamenti di diritto positivo - tranne casi eccezionali⁵² -. Ciò che viene decodificato in termini di dialogo è, quindi, la citazione di giurisprudenza aliena nelle pronunce delle varie giurisdizioni: genericamente, ogni volta che un giudice, nell'esercizio della propria funzione, faccia riferimento a questo diritto straniero, si ritiene che comunichi o dialoghi con le corti da cui tale materiale proviene⁵³.

Da più parti è stato evidenziato - quando non anche apoditticamente affermato - che tra le implicazioni sottese al fenomeno della circolazione di giurisprudenze qui descritto, vi sia anche la formazione di un "diritto costituzionale globale" e di una "comunità transnazionale di interpreti" - o che, perlomeno, queste cose costituiscano entità *in fieri*⁵⁴. Dalla prassi della citazione reciproca emergerebbe una comunità giudiziaria globale che si sente parte di una impresa comune, quale quella di garantire i diritti fondamentali dell'individuo, che si trova a dover fornire soluzioni, anche se contingenti e diversamente atteggiate, a problemi che sono, tuttavia, *comuni* e che si ripresentano con costanza, in quanto

⁵¹ Questo è il caso del diritto internazionale privato e processuale in cui, al fine di decidere una controversia pendente, il giudice che procede è tenuto in forza di una specifica disposizione, ad applicare la *lex alii loci*. Si veda: A. Oddi, "Handle with care. L'uso giurisprudenziale del diritto straniero: profili teorici e pratici" in *Ars Interpretandi* 1/2016, pagg. 89 e ss. pag. 91: "Va da sé che il problema non sussiste quando il rinvio alla *lex alii loci* è frutto di una scelta dell'ordinamento, come nelle fattispecie in cui trovano applicazione le norme del diritto internazionale consuetudinario - art. 10 Cost., quelle del diritto internazionale privato oppure quelle sul riconoscimento e sull'esecuzione di sentenze straniere (cosiddetto uso *normativo* o *forte* o *necessario* del diritto straniero)".

⁵² Il riferimento è l'art. 39 della Costituzione della Repubblica sudafricana del 1996, dedicato alla "Interpretation of Bill of Rights", alla cui stregua: "when interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law".

⁵³ G. De Vergottini, *op. cit.*, "In prevalenza, [il termine 'dialogo'] viene utilizzato ogni qual volta in una pronuncia si trovino richiami a disposizioni normative o a sentenze provenienti da un ordinamento diverso da quello in cui opera un determinato giudice e, pertanto, esterni, rispetto all'ordinamento in cui la pronuncia deve spiegare la sua efficacia. Da tale constatazione si fa conseguire che il giudice in questione sia 'in dialogo' con giudici da cui provengono originariamente tali elementi 'importati'".

⁵⁴ A.M. Slaughter, "A Global Community of Courts" *cit.*, pagg. 202 e ss.); Ead. "A Typology of Transjudicial Communication", *cit.*, pagg. 132 e ss.

problematiche proprie della modernità e del mondo globalizzato⁵⁵. Si tratterebbe, dunque, di un dialogo tra giudici su scala globale, che si svolge “oltre i confini” del singolo ordinamento e che sembra alludere ad una concezione universale dei diritti fondamentali⁵⁶.

Secondo altri, invero, il riferimento ai precedenti stranieri ha meramente la valenza di riferimento ad una *persuasive authority*, il cui ragionamento - o un frammento di esso - viene utilizzato in chiave rafforzativa della decisione giudiziale. Nient'altro che giudici - appartenenti a ordinamenti giuridici autonomi, separati e ciascuno sovrano nel proprio ordine - che guardano alle reciproche soluzioni di questioni giuridiche, rendendone conto nel proprio ragionamento giuridico (e, dunque, nella motivazione della sentenza), con molteplici finalità pratiche⁵⁷.

5. Il dialogo giudiziale nello spazio costituzionale europeo

Dialogo tra giudici viene, infine, utilizzato in letteratura per rendere conto dei rapporti tra Corte di Giustizia dell'Unione europea, Corte europea dei diritti dell'uomo e

⁵⁵ La conclusione non è, ovviamente, unanimemente condivisa. Si vedano, in particolare, le pagg. 530 e ss. di C. McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Human Rights” in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000 vol. 20.

⁵⁶ M. Cartabia, “L'universalità dei diritti umani nell'età dei ‘nuovi diritti’”, in *Quaderni Costituzionali* 3/2009, pagg. 537 e ss., pag. 548: “Vi è una naturale dimensione universale dei diritti fondamentali, cosicché ‘le norme della Costituzione, per esempio in tema di dignità e uguaglianza di ogni essere umano e di diritti fondamentali, aspirano all'universalità’. Tale aspirazione all'universalità dei diritti fondamentali spinge naturalmente i giudici, ed i giudici costituzionali in particolare, a guardare fuori dai propri confini, per trarre ispirazione, conferme, conforto, esempio dalle risposte offerte da altri giudici in altre parti del mondo di fronte a problemi analoghi”.

⁵⁷ Christopher McCrudden, ad esempio, distingue tra un utilizzo della *quotation* o *borrowing* come *authority reason*, vale a dire argomento *ex auctoritate* (“Authority reasons usually take the form: ‘legal conclusion X is correct because court Y (or judge Z) so decided’”) e *substantive reason* (“Substantive reasons usually take the form: ‘legal conclusion X is correct because of the following substantive reasons... and judge Z or court Y thinks so too’”). C. McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Human Rights”, *cit.*, pag. 516. Sulle critiche metodologiche inerenti a una simile pratica e per una proposta normativa in grado di ovviare all'argomento del “cherry-picking”, si veda: A. Friedman, “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”, in *Suffolk University Law Review*, vol. 44, issue 4, 2011, pagg. 873 e ss.

giurisdizioni nazionali, specialmente in materia di diritti fondamentali⁵⁸. Si tratta, invero, dell'ambito in relazione al quale l'impiego dell'espressione è maggiormente

⁵⁸ In questa sede, per “diritti fondamentali” si intendono quei diritti, riconosciuti come fondamentali da un ordinamento giuridico e, dunque, ritenuti avere un fondamento positivo. Nell'introdurre tale espressione è, tuttavia, opportuno effettuare alcune precisazioni terminologiche. Dall'esame degli usi linguistici attualmente diffusi, è rinvenibile una pluralità di espressioni differenti, utilizzate in maniera tra loro promiscua: in via meramente esemplificativa e con elenco non tassativo, “diritti naturali” (o, talvolta, “diritti morali”); “diritti umani” (ovvero la variante “diritti dell'uomo”); “diritti costituzionali”; “diritti inviolabili”. Sebbene sia ravvisabile una tendenza della giurisprudenza pratica e della letteratura non specialistica ad utilizzare tali espressioni in maniera fungibile, tuttavia le formule, lungi dall'essere tra loro fungibili (o neutrali), sottendono (o possono sottendere) distinte concezioni o filosofie. È evidente che l'espressione “diritti naturali” richiama alla mente dei diritti che spettano universalmente agli esseri umani in quanto tali, una sorta di corredo *naturale* della persona, non solo indipendentemente da, ma anche precedentemente a, qualunque riconoscimento formale e giuridico. Secondo alcuni, il medesimo ordine di idee connota l'espressione “diritti umani” (J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon press, 1980, pag. 198, in cui si specifica che “[the expression] ‘human rights’ being a contemporary idiom for ‘natural rights’; I use the terms synonymously”), sebbene l'espressione sia ampiamente diffusa nel lessico internazionalistico. Una medesima lettura è stata proposta relativamente alla formula “diritti inviolabili” dell'art. 2 Costituzione (si veda anche la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 11 del 1956 in cui si parla dei “... diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero”). Discorrere di “diritti fondamentali” anziché di “diritti umani” sembra essere un'operazione “meno compromessa e meno compromettente” (così, testualmente, T. Mazzarese “Diritti fondamentali” in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto. Volume I*, Torino, Giappichelli, pagg. 182).

Sull'opportunità di una distinzione tra queste due espressioni, si veda anche: P. Costa, “Diritti fondamentali (storia)”, in *Enc. dir.* (Annali II-2, 2008), pagg. 364 e ss. (“L'espressione ‘diritti fondamentali’ è usata correntemente come sinonimo di ‘diritti umani’. In realtà, i due termini hanno una storia e un'area semantica connesse, ma non identiche. Conviene quindi spendere qualche parola per cogliere il senso dei due termini e le loro differenze - storiche e concettuali -. È diversa la storia lessicale. Il termine ‘diritti fondamentali’ [*Grundrechte*] conosce un'ampia diffusione soprattutto nel primo Ottocento tedesco, mentre il termine ‘diritti dell'uomo’ circola nel Settecento riformatore e trova la sua più solenne consacrazione nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini del 1789. È soprattutto a partire dal secondo dopoguerra che le due espressioni [‘diritti dell'uomo’ - o ‘diritti umani’ - e ‘diritti fondamentali’] tendono a sovrapporsi e a divenire una delle parole-chiave del lessico contemporaneo, sia nella pubblicistica politica che nella letteratura specialistica [in particolare nella riflessione filosofico-giuridica, costituzionalistica e internazionalistica]”).

diffuso e consolidato⁵⁹.

A tale proposito, giova ricordare come oggi la funzione giurisdizionale di tutela dei diritti, cifra del costituzionalismo contemporaneo⁶⁰, non sia più considerata come limitata o pertinente al solo ed esclusivo ambito nazionale: è noto infatti come, con il processo di internazionalizzazione dei diritti avviato nella seconda metà del Novecento⁶¹, siano proliferati i cataloghi di diritti tanto a carattere universale quanto

⁵⁹ Tra la dottrina più precisa e completa: A. Torres Perez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009; L. R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerp, Intersentia 2016. Vedi poi: F. Lichere, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Journée d'Etude de l'Université de Metz du 10 Février 2003, Bruxelles, Bruylant, 2004; Acte du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université de Bruxelles, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007; AA.VV., *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009; E. Dubout, S. Touze (dir), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009; A. Torres Perez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009; M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012; G. Martinico, O. Pollicino (eds), *The National Judicial Treatment of ECHR and EU Laws. A comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen 2010; Lize R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerp, Intersentia, 2016.

⁶⁰ In generale sul costituzionalismo dei diritti come “cultura giuridica”, vedi: G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna 2017.

⁶¹ “Positivizzazione, internazionalizzazione, specificazione” nelle parole di G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè 1993, pagg. 138 e ss.. Vedi anche, in generale: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014 (XI edizione); A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Editori Laterza, Bari, 2012; D. P. Forsythe, *The internationalization of human rights*, Lexington, Lexington books, 1991. Si veda anche: T. Mazzarese, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010.

regionale⁶² e, con essi, le corti deputate a valutarne il rispetto e l'attuazione da parte degli Stati aderenti, pur con diversi gradi di effettività⁶³. In riferimento all'area geografica europea⁶⁴, ben è possibile affermare che la tutela dei diritti “impegna più ordinamenti”⁶⁵: accanto ai singoli e indefettibili sistemi nazionali, deve essere ricordato

⁶² Si ricordino la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (priva di forza giuridica), la Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (strumenti scarsamente effettivi). Tra gli strumenti regionali, oltre a quelli caratterizzanti l'esperienza europea di cui al testo, devono essere segnalate in particolare due convenzioni regionali. Da una parte, si deve ricordare la Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo, trattato internazionale elaborato nell'ambito dell'Organizzazione Stati Americani (OAS), organizzazione internazionale panamericana. L'OAS, a cui la partecipazione si è, attualmente, diffusa arrivando a comprendere anche gli USA e il Canada, fu costituita il 20 aprile 1948 a Bogotá. Il Patto di San José de Costa Rica, elaborato dalla Conferenza interamericana sui diritti umani, è stato firmato il 22 novembre 1969 ed è entrato in vigore il 18 luglio 1978, con le undici ratificazioni richieste. La Convenzione istituisce una Commissione e una Corte di Giustizia, distinzione che riecheggia quella della versione iniziale dell'omologo trattato europeo. Si ricorda inoltre, pur sottolineando l'originalità dell'esperienza dovuta anche al particolare contesto di emancipazione e decolonizzazione e di difficoltà economico-sociali, la Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli, adottata a Nairobi il 28 giugno 1981, ed entrata in vigore il 21 ottobre 1986 nell'ambito dell'Organizzazione Unità Africana (OUA), oggi Unione Africana (UA). Inizialmente il meccanismo di tutela regionale elaborato nella Carta era incentrato su un solo organo dalla natura mista, non propriamente giurisdizionale, la Commissione, ma in seguito all'entrata in vigore, il 25 gennaio 2004, del Protocollo di Ouagadougou, anche in quest'esperienza risulta istituita una Corte dei diritti dell'uomo. Sul punto, C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 2006, pagg. 256-258; D. Harris, S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1998; M. Mutua, *Human Rights: a political and cultural critique*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2002.

⁶³ R. Guastini, “Diritti”, in R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pagg. 150 e ss.; D. Tega, “Il diritto costituzionale e i diritti in crisi” in *Etica e Politica* 1/2013, pagg. 158 e ss.: “In particolare i diritti ricevono negli ordinamenti giuridici contemporanei protezione non solo a livello nazionale, ma anche internazionale e sovranazionale [...]. Del resto, le dichiarazioni internazionali dei diritti si sono prima moltiplicate, nella logica che ha animato il progetto della Dichiarazione universale del 1948, per trasformarsi, pur con esiti diversi — grazie all'insediamento delle Corti da esse previste — da prestigiose “tigri di carta” in strumenti in grado di penetrare gli ordinamenti nazionali. L'internazionalizzazione del linguaggio e delle figure normative che traducono l'idea dei diritti insieme alla proliferazione delle fonti normative che riconoscono i diritti e degli strumenti giudiziari a loro tutela rappresentano uno dei fenomeni più appariscenti nell'attuale scenario giuridico”.

⁶⁴ Recentemente, l'accezione di dialogo qui in esame è stata adattata e utilizzata anche in riferimento all'esperienza sudamericana, in particolare per rendere conto della formazione del cosiddetto “ius constitutionale commune” in materia di diritti fondamentali e libertà: P. A. Acosta, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; A. von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, in *Revista Derecho del Estado*, vol. 34/2015, pagg. 3 e ss.; J. C. Herrera, “Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes” in *Revista Derecho del Estado*, vol. 43/2019, pagg. 191 e ss.

⁶⁵ Così, P. Bilancia, “Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti” in AA.VV. *Atti del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

tanto quello sovranazionale (o comunitario) quanto quello internazionale (o convenzionale)⁶⁶.

Al netto delle specificità che connotano i singoli ordinamenti nazionali, ciascuno di essi risulta dotato di un sistema di garanzia giudiziale dei diritti fondamentali⁶⁷.

Nell'ordinamento comunitario, sin dagli anni Sessanta la Corte di Giustizia ha elaborato in via pretoria un catalogo di diritti e principi fondamentali a garanzia dell'individuo il cui rispetto si impone alle istituzioni comunitarie e, in determinate circostanze, agli Stati membri⁶⁸. Dal 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la protezione dei diritti nell'Unione europea è stata rafforzata e resa 'più visibile' con l'attribuzione di forza giuridica primaria alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da qui

⁶⁶ F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2014 (pag. 7: "in the last two decades the protection of fundamental rights has seen a remarkable expansion in Europe. Fundamental rights have risen an importance in each layer of what is now conventionally referred to as the European multilevel architecture. In fact, currently fundamental rights are simultaneously protected by national (state), supranational (EU) and international (ECHR) norms and institutions. Each layer of the multilevel architecture is endowed with a substantive catalogue of fundamental rights. In addition, institutional remedies - most notably at every level to ensure the protection of these constitutionally entrenched rights"); L. F.M. Besselink, "Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union", *Common Market Law Review*, vol. 35, Issue 3, 1998 pagg. 629 e ss. (

⁶⁷ V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts & Democratic Values: A European Perspective*, New Haven London, Yale University Press, 2009. Accanto alla tradizionale distinzione tra 'ondate' o 'generazioni' delle costituzioni adottate in Europa con la fine di un regime dittatoriale (fine degli anni Quaranta per Italia e Germania; fine degli anni Settanta per Spagna, Portogallo e Grecia; inizio degli anni Novanta per i paesi dell'ex area dell'est comunista), devono essere evidenziati ulteriori momenti rilevanti nella storia della protezione giurisdizionale, ed in particolare costituzionale, dei diritti. Possiamo, dunque, ricordare a tale proposito: la già citata riforma costituzionale francese che ha introdotto un controllo di legalità costituzionale *a posteriori* su determinati tipi di atti legislativi; l'esistenza di una forma particolarmente sviluppata di controllo di 'convenzionalità', orientata alla CEDU, condotta dai giudici ordinari di Belgio ed Olanda; l'incorporazione nel diritto inglese della stessa CEDU con lo *Human Rights Act* del 1998 e la conseguente possibilità per le corti inglesi di dichiarare un atto del Parlamento incompatibile con i diritti e le libertà fondamentali ivi previsti. Su questi aspetti, in generale, vedi: O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; P. Alston (ed), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999; P. Leyland "Human Rights Act 1998: Riportare i diritti casa", in *Quaderni Costituzionali* 1/2000, pagg. 83 e ss.

⁶⁸ In generale, sulla fondazione della protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario negli anni Sessanta, vedi *ex multis*: T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2007; J. Coppel, A. O'Neill, "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" in *Common Market Law Review*, 4/1992; J. H. H. Weiler, N. J. S. Lockhart, "'Taking rights seriously' seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence", in *Common Market Law Review*, 1/1995.

in poi: CDFUE)⁶⁹.

Infine, deve essere ricordato il sistema di garanzia dei diritti fondamentali costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da qui in avanti: CEDU): gli Stati aderenti si sono impegnati ad assicurare il godimento di una serie di diritti, previsti nel testo della Convenzione e in alcuni protocolli allegati, a tutti i soggetti compresi entro la propria giurisdizione. Sul perdurante rispetto di tale obbligazione vigila la Corte europea dei diritti dell'uomo (da qui in avanti: Corte Edu) di Strasburgo, cui i singoli individui possono fare ricorso diretto, previo esaurimento dei rimedi interni ai singoli Stati.

Dunque, è possibile constatare l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici - nazionale, sovranazionale e internazionale - i quali attribuiscono ai medesimi soggetti grossomodo le stesse situazioni giuridiche soggettive (i diritti fondamentali), poste in diversi cataloghi e garantite da diversi giudici, secondo varie modalità⁷⁰. È bene evidenziare che a ciascun sistema corrisponde una autorità giurisdizionale di vertice, dotata del *potere di ultima parola* sul diritto nel proprio ordinamento⁷¹.

Come che sia, questi distinti ordinamenti giuridici, "autonomi e autosufficienti" e,

⁶⁹ Sulla Carta, in generale, anche in riferimento alla sua proclamazione da parte delle istituzioni europee in assenza di incorporazione formale del *corpus* dei Trattati: L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁷⁰ F. Sorrentino, "La tutela multilivello dei diritti" in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2005, pagg. 79 e ss. P. Cruz Villalon, "Rights in Europe: The Crowded House", in *King's College Working Paper* 1/2012; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2014 (pag. 7: "in the last two decades the protection of fundamental rights has seen a remarkable expansion in Europe. Fundamental rights have risen an importance in each layer of what is now conventionally referred to as the European multilevel architecture. In fact, currently fundamental rights are simultaneously protected by national (state), supranational (EU) and international (ECHR) norms and institutions. Each layer of the multilevel architecture is endowed with a substantive catalogue of fundamental rights. In addition, institutional remedies - most notably at every level to ensure the protection of these constitutionally entrenched rights")

⁷¹ T. Roes, B. Petkova, "Fundamental Rights in Europe after Opinion 2/13: The Hidden Promise of Mutual Trust", *op. cit.*, (pag. 223: "Judicial dialogue is usually described as a form of judicial comity, a label that covers a variety of cooperative practices between judges (usually) belonging to different legal systems. Scholars rely on the concepts of comity and dialogue to give a descriptive account of how two courts endeavor to avoid conflict in a situation where it is unsettled which of both has ultimate authority. That is notably the case (1) in the relationship between national constitutional courts and the CJEU, both of whom claim to have the final say over the validity of European Union law; (2) in horizontal conflicts of law situations in which two courts have a plausible claim to jurisdiction; or (3) between the ECtHR and the CJEU. It has become a trope today to label such situations as instances of "legal pluralism" to make the point that positive law cannot resolve these conflicts and is unable to create harmony between legal systems").

dunque, non gerarchicamente ordinati tra loro⁷², non sono più pensati come monadi, incommensurabili e rispettivamente irrilevanti, cioè come *chiusi* e reciprocamente indifferenti⁷³. Essi sono sempre più frequentemente concepiti come *aperti* l'uno all'altro, permeabili, suscettibili di confronto ed, eventualmente, anche di conflitto⁷⁴. Per descrivere questa situazione si inizia a fare riferimento all'idea di una "connessione"⁷⁵ "integrazione"⁷⁶ o "interferenza"⁷⁷ tra gli ordinamenti, una loro

⁷² Così, testualmente, F. Sorrentino, *cit.*, pag. 80. Più precisamente, si può parlare di "originarietà" di tali ordinamenti, intendendo che ciascuno di essi fonda autonomamente determinante il proprio ambito di validità, le norme che gli appartengono. Vedi anche: European Court of Human Rights, "President Dean Spielmann, Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights, Opening Speech, 30 January 2015", in *HUDOC* (2015), reperibile su: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_SolemnHearing_2015_ENG.pdf in cui: "The essential thing, in the end, is not to have a hierarchical conception of systems that would be in conflict with each other. No, the key is to ensure that the guarantee of fundamental rights is coherent throughout Europe".

⁷³ In generale, per simili considerazioni con specifico riguardo all'integrazione europea tra Stati membri e Unione europea, vedi: G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006; G. Itzcovich, "Ordinamento giuridico, pluralismo, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritti in tre concetti" in *Diritto Pubblico comparato ed Europeo* 1/2009, pagg. 34 e ss..

⁷⁴ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, *op. cit.*, pagg. 26 e ss. ("[...] la progressiva *apertura* dei sistemi giuridici nazionali alla dimensione internazionale e sovranazionale dei diritti fondamentali, che va ad *integrarsi* in vari modi con gli strumenti interni di tutela dei diritti. [...] La conseguenza di tutto ciò è che, quantomeno nel caso degli ordinamenti europei (o aderenti alla CEDU) il panorama complessivo dei diritti fondamentali è il risultato di una *integrazione*, non sempre semplice, tra il catalogo dei diritti costituzionali e i cataloghi dei diritti provenienti da questi livelli sovranazionali, dando luogo a forme di tutela dei diritti che interagiscono e si *intrecciano* in vari modi - il c.d. costituzionalismo *multilivello*-").

⁷⁵ Rafael Bustos Gisbert "XV Propositiones generales para una teoria de los diálogos judiciales" in *Revista Española de Derecho Constitucional* 95/2012, pagg. 13 e ss. (pag. 20: "el uso del Derecho comparado [*i.e.* il dialogo transnazionale] produce una *fertilización mutua* importante, pero de distinta naturaleza que la derivada de una comunicación que resulta obligada como consecuencia de la conexión entre ordenamientos jurídicos parciales que han de convivir [*i.e.* dialogo giudiziale *nello spazio costituzionale europeo*]).

⁷⁶ P. Eeckhout, "Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?" in *Current Legal Problems*, 2013, pagg. 1 e ss.

⁷⁷ K. Lenaerts, "Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law," *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pagg. 873 e ss.

“coesistenza” o “concorrenza”, una “osmosi”⁷⁸; si rifiuta esplicitamente l’idea della

⁷⁸ G. Rolla, “La tutela dei diritti fondamentali innanzi alle giurisdizioni sovranazionali e la formazione di una giurisdizione costituzionale dei diritti e delle libertà: una comparazione tra il sistema europeo e interamericano” in Bocconi Legal Papers 1/2013 (“Una linea di tendenza che caratterizza molti sistemi costituzionali sotto il profilo della tutela dei diritti consiste nella progressiva *osmosi* tra ordinamenti nazionali e sovranazionali. [...] In questi contesti, si assiste a un superamento della tradizionale contrapposizione tra una concezione dualistica o monistica del rapporto tra ordinamento nazionale e sovranazionale – la prima li considera separati, la seconda li vede, invece, come parti di un unico sistema costruito gerarchicamente sul primato della fonte internazionale-, a vantaggio di una prospettiva multilivello: secondo la quale si è in presenza di ordinamenti tra di loro coordinati e integrati”).

“gerarchia”⁷⁹ si preferisce parlare di una “prospettiva multilivello”⁸⁰ o si utilizzano gli schemi concettuali della teoria del pluralismo⁸¹.

Soprattutto, però, è in questo scenario concettuale formato da più ordinamenti giuridici

⁷⁹ D. Spielmann, P. Voyatzis, “L’étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l’aune de l’expérience judiciaire comparée”, in *Revue Trimestrelle Droits de l’Homme* n. 112, 2017, pagg. 897 e ss. (pag.: 900: “De surcroît, le fait que la relation entre toutes les composantes de l’ordre juridique européen n’est pas strictement hiérarchique signifie que le praticien du droit au niveau national participe dans un système constitutionnel européen complexe qui est susceptible de lui offrir des standards variables, pas toujours compatibles entre eux, de protection des droits fondamentaux”); N. Kirsch, “The Open Architecture of European Human Rights Law” in *Modern Law Review*, vol. 71/2008, pagg. 183 e ss. (pag. 185: “where we find heterarchy, not hierarchy”). Il concetto giuridico di “gerarchia” è in misura crescente reputato inadeguato a rendere conto dei rapporti tra ordinamenti, tra fonti e tra corti. In particolare, sul tema del “disordine delle fonti del diritto”, vedi: F. Ost, M. Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988; F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit: Tome 2, le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil 2006; S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012.

⁸⁰ A. Cardone, “Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè 2012, pagg. 335 e ss. (“Con l’espressione ‘tutela multilivello dei diritti fondamentali’ si designa, conseguentemente, il complesso di istituti, tanto di origine normativa che giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali degli ordinamenti nazionali e sovra-nazionali - quindi dell’Unione europea ed internazionale - davanti a cui è possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali”). L’idea di una “tutela” multilivello è da collegarsi all’idea che tale sia, allo stato attuale, il “costituzionalismo” in Europa: vedi, I. Pernice, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, in *European Law Review*, 2002; Id., “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11/2015, pagg. 541 e ss.. Per la dottrina italiana: P. Bilancia, E. de Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione. Atti del Convegno. Milano, 4 aprile 2003*, Giuffrè, Milano 2004; A. D’Atena, P. Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano 2004; M. Cartabia, “The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue”, in C. Casonato (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento 2004; A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2012; A. Ruggeri, “La tutela ‘multilivello’ dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali”, in *Politica del diritto* 3/2007; M. Nisticò, “Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali” in costituzionalismo.it 1/2018, (“In questo senso, quando si afferma che la tutela dei diritti fondamentali è oggi strutturata su più livelli si vuol dire banalmente che, nell’attuale contesto storico, i medesimi diritti fondamentali sono spesso (non sempre) riconosciuti – o, meglio, i medesimi diritti sono riconosciuti come fondamentali – da più istanze normative o, come si dice, da più Carte, che appartengono ad ordinamenti diversi ma in qualche misura ed in vario modo coordinati (giacché naturalmente, se così non fosse, la questione non si porrebbe in termini tanto problematici): quello nazionale – esso stesso, a dire il vero, già strutturato su più di un livello – , quello dell’Unione europea e quello internazionale ed in specie convenzionale”).

⁸¹ Sul legame tra teorie pluraliste e dialogo tra giudici, vedi la ricognizione in: C. C. Murphy, “Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue” in *Jean Monnet Working Paper* 10/12.

“aperti” e non “gerarchicamente ordinati”⁸² e segnato dalla progressiva perdita di rilevanza dei confini giuridici tra ordinamenti, della distinzione tra interno ed esterno⁸³ - uno spazio qui definito *spazio costituzionale europeo*⁸⁴ -, è qui che diviene possibile ipotizzare e, conseguentemente, discorrere di un dialogo tra le corti nazionali (supreme

⁸² N. Kirsch, “The Open Architecture of European Human Rights Law” in *Modern Law Review*, vol. 71/2008, pagg. 183 e ss. (pag. 185: “where we find heterarchy, not hierarchy”).

⁸³ A. Rosas, “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue” in *European Journal of Legal Studies* 1/2017, pag. 1: “the nation state system was dualist and characterised by the dichotomies of international law versus national law, public law versus private law, and law versus non-law. Post-industrialised or ‘post-modern’ society implies a more pluralist system, involving globalisation, regionalisation as well as localisation. We are facing a patchwork of authorities instead of just one national government and one legislature. The international and the internal are increasingly intertwined”.

G. Itzcovich, “Ordinamento giuridico, pluralismo, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritti in tre concetti”, *cit.*, pag. 35 parla di “evanescenza della distinzione fra ‘interno’ ed ‘esterno’ (tra diritto statale e diritto extra-statale e fra diritto e morale)”.

⁸⁴ Si tratta di una definizione stipulativa, utilizzata in funzione descrittiva della pluralità di ordinamenti pensati come “aperti” l’uno all’altro e non più “esclusivi”. Si tratta di un uso che si distacca da concetti analoghi o identici che si ritrovano in dottrina, in particolare di area germanica. Vedi, ad esempio: P. Haberle, “Per una dottrina della costituzione europea” in *Quaderni Costituzionali* 1/1999, pagg. 3 e ss., in particolare pag. 12; S. Cassese, “La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3/2007, pagg. 609 e ss..

o costituzionali), la Corte di Giustizia dell'Unione e la Corte Edu⁸⁵. Infatti, in un simile contesto di crescente interdipendenza, i giudici escono dal loro naturale isolamento e ciascuno di essi, anche se di ultima istanza, si trova quotidianamente ed ordinariamente a *prendere in considerazione* e a *confrontarsi* con le decisioni del giudice appartenente all'altro sistema (o livello), di cui si riconosce *l'autorità*⁸⁶. Così, diviene possibile affermare che la funzione giurisdizionale di tutela dei diritti viene ad essere svolta in un quadro di “costruttiva e leale collaborazione tra i diversi sistemi”⁸⁷ poiché, quando più attori hanno l'ultima parola sui diritti ovvero - del resto è lo stesso - quando nessuno ha

⁸⁵ Sul legame tra pluralità di ordinamenti e dialogo tra giudici, vedi: B. de Lamy, “Dialogue des juges: cadre, enjeux et perplexité”, in *Jurisprudence et qualité de la norme, Colloque du 13 novembre 2014 à l'Université de Bordeaux*, (pag. 2: “L'expression [dialogue des juges] est inventée lorsque les ordres juridiques se multiplient, chacun doté de son juge. Les normes se croisent, se choquent, se superposent, s'enchevêtrent, chaque juge voulant sauver le système qui l'a institué, puis, affirmer sa place, tout en tâchant de ne pas accentuer la complexité juridique. Le dialogue des juges serait donc la résultante de la multiplication des normes, de la diversification des juridictions nationales et européennes [...]”); F. Fontanelli, G. Martinico, P. Carrozza (eds), *Shaping Rule of Law Through Dialogue. International and Supranational Experiences*, op. cit., pag. 23: “Judicial dialogue is a privileged point of view to read the relationship between legal orders; the process of fragmentation of the international legal order and the absence of constitutional devices governing the connections between the various legal regimes can be reduced to a rational picture only through the activity of the judges. Against this background, the judges play a crucial role in creating connections between legal regimes and proceedings [...]. The metaphor of dialogue has been vastly used by the literature and this concept was variously understood in different meaning: vehicle for transplants, informal way of communication between judicial and political bodies, new paradigm of judicial relations between actors not belonging to the same legal order”; P. Eeckhout, “Opinion 2/13 on EU Accession to ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?”, cit., pag. 955: “In a world of proliferating and expanding legal systems, and of increasing recourse to judicial-type dispute settlement, the concept of a ‘dialogue’ between courts has long been central to debates about their interaction and interdependency”; E. Dubout, S. Touze (dir), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pag. 12: “De toutes parts aujourd'hui fleurissent les décisions de justice prenant la forme d'un véritable ‘dialogue des juges’ qui s'internationalise. Fruit de la prolifération institutionnelle post-seconde guerre mondiale et de la fragmentation qui en découle, ce dialogue, parfois feutré mais dont l'existence n'est pas discutée, se développe de manière exponentielle au point que certains ont pu y voir une nouvelle révolution du droit”.

⁸⁶ Ma vedi: G. Itzcovich, “Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti”, cit., pag. 46: “per caratterizzare il tipo di autorità espressa da un ordinamento autonomo ma non esclusivo si può parlare di *autorevolezza*. [...] L'autorevolezza è un'autorità *prima facie*, defettibile, concorrente, non esclusiva; implica solo un obbligo di prendere in considerazione nel ragionamento giuridico un'opinione che è, appunto, autorevole, una ragione non necessariamente determinante”.

⁸⁷ Così si è espressa, del resto, la corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269 del 2017, considerato in diritto par. 5.2..

tale ultima parola, diventa necessario prestare attenzione al discorso altrui⁸⁸.

Secondo un modo di vedere diffuso, poi, di dialogo tra le corti d'Europa si parla sia nel caso in cui il *confronto* tra le corti si sostanzi in un *incontro* di linee giurisprudenziali - e, dunque, nel caso in cui il giudice accolga e faccia propria la decisione altrui -, sia nel caso in cui il *confronto* sfoci in uno *scontro* o *conflitto* tra decisioni - il giudice non 'fa propria' la decisione altrui, anzi ne sollecita un mutamento -.

Il *dialogo* sarebbe, cioè, variabile indipendente dall'esito del confronto tra le giurisdizioni coinvolte⁸⁹. Seguendo l'idea che il dialogo serva a rendere conto di fenomeni in cui, coralmemente, le corti si confrontano e prendono in considerazione il punto di vista altrui, spie del dialogo tra giudici sono non solo quelle tecniche argomentative che hanno come effetto quello di favorire la convergenza tra le pronunce

⁸⁸ D. Béchillon, "Cinq cours supremes? Apologie (mesurée) du desordre", in *Pouvoirs* 137/2001, pag. 42: "On voit par là que, dans l'atmosphère de très grande interdépendance qui caractérise la sphère processuelle européenne, il est de l'intérêt bien compris de tous et de chacun que rien ne soit entrepris sans que l'on ait réfléchi à ce que les autres juges seront susceptibles de faire sur le même sujet"; A. Voßkuhle, "Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*", in *European Constitutional Law Review* 2010 pagg. 175 e ss. (pag. 178: "the triangle of jurisdiction between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg as a part of [...] a multilevel cooperation of the European constitutional courts". Si veda anche: A. Torrez Perez, *Conflicts of Rights*, cit, pagg. 123 e ss: "for an inter-systemic judicial dialogue to occur and be effective, none of the participants should have complete authority over the others. In the words of Cover and Aleiknikoff, a mode of dialogue obtains when 'neither system can claim total sovereignty'. Each court should have the capacity to exercise some pressure over other system's courts, but not to impose its will".

⁸⁹ Sul punto, vedi: L. Burgorgue-Larsen "The Constitutional Dialogue in Europe: A 'political' dialogue", (2015) *European Journal of Current Legal Issues* (alla nota 10: "[judicial dialogue] is for more or two courts to express - through a judicial ruling- an *agreement* or *disagreement* on a particular issue. Dialogue is not necessary an agreement, it can express disagreement"); Ead., "De l'internationalisation du dialogue des juges", in *Le dialogue des juges, Mélanges*, cit, pag. 97: "On ne rappellera jamais assez qu'un 'dialogue' — dont le nom puise ses racines dans le latin 'dialogus' qui renvoie à un 'entretien philosophique à la manière des dialogues de Platon' — est avant tout un échange de vues, une discussion, un 'entretien entre deux ou plusieurs personnes'. Ce faisant, contrairement à une idée reçue, il induit tant l'opposition, la contradiction voire la discorde, que l'accord et la concorde; surtout, il peut se développer entre plus de deux juges différents: le dialogue peut être *tri-voire multidimensionnel*. Le dialogue ne se manifeste pas exclusivement dans le cadre d'un duo juridictionnel. Il peut se nourrir de multiples interactions entre plus de deux juges"; A. Ruggeri, "Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale *in progress* e a geometria variabile. *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*" in *Giurcost*, 2018 pag.8: "Il 'dialogo' intergiurisprudenziale, poi, non è fatto solo di riferimenti a finalità costruttiva, di riferimenti cioè nei quali la giurisprudenza di Corti diverse da quella richiamante è utilizzata a rinforzo di una tesi servente i diritti e le complessive esigenze del caso; non rari sono, infatti, altresì i riferimenti a finalità distruttiva, coi quali cioè si dichiara che un certo orientamento di altra Corte non possa trovare accoglienza. La qual cosa poi, come in un gioco di specchi, può riflettersi a carico della Carta di cui quell'orientamento è interprete e garante".

degli attori coinvolti - in primo luogo la dottrina dell'interpretazione adeguatrice -, ma anche quelle che sollecitano una trasformazione e un mutamento della giurisprudenza dell'altra corte⁹⁰.

6. Il dialogo nello spazio costituzionale europeo come oggetto di indagine

Dopo aver constatato la moltiplicazione di riferimenti, impieghi o vere e proprie teorie giuridiche a vario titolo incentrate sull'idea del *dialogo* e averne portato esempi - dall'impiego in funzione meramente retorica a raffinati modelli di democrazia deliberativa e rappresentativa - è emerso come il *dialogo* si sia progressivamente emancipato e specializzato nell'ambito giudiziario [§ 1].

In questa sede, più che il successo del dialogo *tout court* interessa, in realtà, il successo del dialogo *tra giudici*, fenomeno ascrivibile a pieno titolo alla progressiva centralità assunta dal potere giudiziario rispetto agli altri poteri, in contesti globali, regionali e nazionali. Disgraziatamente, però, la nozione di *dialogo tra giudici*, nonostante il tripudio di apparizioni nei contributi della giurisprudenza teorica e pratica - e nelle stesse sentenze dei giudici - è di incerta definizione. A valle, anzi, è dubbio - ed è stato messo in dubbio - che il *dialogo tra giudici* sia un concetto unitario, talmente sono promiscui gli usi che ne sono stati fatti [§2].

Come che sia, volendo volontariamente evitare di compromettersi circa la unitarietà o meno del concetto, si è deciso, più in generale, di effettuare una ricognizione degli ambiti in cui si è parlato di *dialogo tra giudici* [§§ 3-5]. E così, dunque, si è reso conto di una stratificazione nell'impiego della formula: utilizzata nell'ambito del singolo ordinamento, in funzione di metafora descrittiva della composizione dei rapporti tra differenti giurisdizioni [§3]; utilizzata nell'ambito degli studi di diritto comparato per mettere in evidenza il (contestato) fenomeno della citazione di precedenti di giurisdizioni aliene [§4]; utilizzata nell'ambito del diritto costituzionale europeo per

⁹⁰ C. Van de Heyning, "The European Perspective: from *lingua franca* to a common language" in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *Constitutional Conversations in Europe*, op. cit., pagg. 181 e ss.: "Communication between courts is intended to achieve a certain objective, e.g. to convince the other court to accept its position regarding a certain topic, or to show restraint towards this position. For example, a domestic court might propose a given interpretation of the right to equal treatment, either to convince the CJEU to adopt the same approach, or to convince the CJEU to allow the national court a margin of discretion on the application of the right to equal treatment".

designare l'insieme di complesse interazioni intercorrenti tra Corti, carte ed ordinamenti [§5].

La disamina in questione è funzionale a precisare ciò di cui ci si occuperà nella presente indagine, che ha, infatti, ad oggetto, non il dialogo tra giudici *tout court* ma quello che è stato (ri)definito come dialogo giudiziale nello *spazio costituzionale europeo* [§5].

L'indagine, dunque, fa riferimento al discorso dei giuristi sul dialogo delle corti nello *spazio costituzionale europeo*: dialogo che annovera tra le proprie precondizioni di pensabilità, da una parte, la “tendenza novecentesca” alla positivizzazione dei diritti fondamentali sul piano nazionale e internazionale⁹¹; dall'altra, il progressivo abbandono della dogmatica del positivismo giuridico⁹².

È, del resto, proprio in riferimento a quest'ambito che possono rinvenirsi molteplici affermazioni degli stessi giudici, i quali frequentemente e scopertamente dichiarano di far parte di un processo dialogico in continua evoluzione. La Corte costituzionale italiana, ad esempio, parla di “*dialogo e cooperazione*” per descrivere i propri rapporti

⁹¹ In merito alla positivizzazione dei diritti come “tendenza novecentesca”, occorre ricordare che già nel corso dell'Ottocento, le aspirazioni e le rivendicazioni in materia di diritti “mettono radici nella realtà”, trovando una prima realizzazione mediante la loro incorporazione negli Stati di legislazione europei continentali (Cosi, M Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2017). La ‘giuridificazione’ propria del secolo successivo, tuttavia, è una grandezza incommensurabile rispetto alla sua diretta antenata. Se è, infatti, vero che anche nel Novecento siamo di fronte a diritti fondamentali ‘positivi’, poiché ‘posti’ dall'esercizio del potere costituente, ben diverse sono consistenza e *conformazione* di tali diritti: ora essi costituiscono un *prius*, un dato originario, opponibile al sovrano, e da cui il resto discende a mo' di corollario. Dai diritti dello e nello Stato, ai diritti prima dello Stato ed, eventualmente, anche contro di esso. Nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare il rispetto della Costituzione, i diritti fondamentali divengono criterio di giudizio dell'azione statale: in una parola, essi sono limiti *giuridici* al potere, cioè azionabili giudizialmente.

⁹² G. Itzcovich, “Dialogo tra giudici e cultura giuridica”, paper presentato al workshop “Dialogo e riconoscimento fra corti nazionali e internazionali”, Università degli Studi di Parma, 7 marzo 2018: “La nascita di un dialogo tra i giudici implicava l'abbandono del principio di esclusività dell'ordinamento giuridico, cioè della nozione, diffusa nella dottrina di orientamento normativistico, secondo cui ogni ordinamento esclude la rilevanza delle norme che non gli appartengono: una norma può essere obbligatoria solo se prodotta dalle autorità competenti dell'ordinamento oppure, se prodotta da autorità esterne, solo se l'ordinamento le include e le recepisce mediante rinvio (*renvoi*) e delega di autorità (*Ermächtigung*). È questo, secondo il civilista Guido Tedeschi, ‘il carattere fondamentale – che si può dire solipsistico – della sovranità o esclusività di ogni sistema giuridico’”.

con la Corte europea dei diritti dell'uomo⁹³ e di “un quadro di costruttiva e leale cooperazione” relativamente al rapporto con l'istituzione giudiziaria comunitaria, affermando altresì che “le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il *dialogo* con la Corte di Giustizia”⁹⁴. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, per contro, ha costantemente individuato nel procedimento del rinvio pregiudiziale “un *dialogo* da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri”⁹⁵. Anche nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo non mancano i riferimenti al dialogo: ad esempio, la riforma del controverso istituto delle misure di sicurezza tedesche (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*) è avvenuta “against the background of a *dialogue* between this Court and the Federal Constitutional Court”⁹⁶ oppure, ancora più significativamente, il giudice rumeno Iulia Antoanella Motoc fonda la propria

⁹³ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 49/2015, considerato in diritto par. 7 (“Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al *confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo* [...]”; e di “incentiva[re] il dialogo fino a quando *la forza degli argomenti* non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale”). Similmente, la House of Lords inglese ha menzionato un “valuable *dialogue* between this court and the Strasbourg Court” in *R v Horncastle* [2009] UKSC 14. Su tale giudizio concorda anche il giudice di nomina inglese della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sir Nicolas Dušan Bratza che, nella *concurrent opinion* della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Case of Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, app. nn. 26766/05 e 22228/06 del 15 dicembre 2011, nota come “the present cases afford, to my mind, a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court on the application of the Convention”.

⁹⁴ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 269/2017, considerato in diritto par. 5.2. Si tratta di un giudizio condiviso anche dalle Corti costituzionali o supreme di altri paesi europei: si veda, ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale della Repubblica Ceca, 2008/11/26 - Pl. ÚS 19/08: *Treaty of Lisbon I*, par. 197 (“the relationship between the European Court of Justice and the Constitutional courts of Member States [...] should continue to be a *dialogue* of equal partners”), la *Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional* spagnolo n. 1/2004, de 13 dicembre 2004 (“en *diálogo constante* con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contiene enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”), la pronuncia del *Conseil d'Etat*, 6 décembre 1978, *Ministère de l'Intérieur c. Cohn-Bendit* (“ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le *dialogue* des juges”).

⁹⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 5 dicembre 2017, *M.A.S.*, EU:C:2017:936, C-42/17 par. 22; Sentenza della Corte di Giustizia del 12 febbraio 2008, *Willy Kempter KG*, EU:C:2008:78, C-2/06 par. 42; Sentenza della Corte di Giustizia del 16 dicembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, EU:C:2008:723, C-210/06, par. 91.

⁹⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chambre, *Case of Ilseher v. Germany*, app. nn. 10211/12 - 27505/14, 4 December 2018, par. 224. Vedi anche la *dissenting opinion* del giudice portoghese Paulo Pinto de Albuquerque, cap. IV (“The context of the dialogue between Strasbourg and Karlsruhe”), par. 56 e ss.

concurring opinion, allegata ad una decisione in un controverso caso che coinvolge lo Stato italiano, su esigenze di “coherence of the *judicial dialogue* between our Court and the Italian domestic courts”⁹⁷.

In ogni caso, la selezione è, evidentemente, già di per sé esplicativa dell’obiettivo del presente scritto: non una definizione avente portata teorica o la costruzione di un concetto generale di *dialogo tra giudici* - nel qual caso, infatti, l’oggetto sarebbe esteso a tutte le ipotesi di dialogo -, bensì una mappatura e ricostruzione dell’emersione in giurisprudenza⁹⁸ dell’idea di un dialogo nello *spazio costituzionale europeo*. Tale operazione risulta funzionale a precisare i contorni della nozione di dialogo nello *spazio costituzionale europeo* - in primo luogo, se questa rispecchi o meno una nozione unitaria -, nonché a chiarificare perché - per descrivere quali fenomeni, per offrire soluzioni a quali problemi - la cultura giuridica sia ricorsa all’idea di un dialogo tra giurisdizioni nazionali, internazionali e sovranazionali.

In merito alle modalità di conduzione della ricerca sull’emersione dell’idea di un dialogo tra le corti d’Europa, occorre precisare che questa sarà svolta sulla base di un’analisi metagiurisprudenziale, senza fare esclusivo affidamento ad un preciso concetto dogmatico di dialogo - ipostatizzato e cristallizzato in dottrina -, per quanto questo possa risultare condiviso (o condivisibile).

Il dialogo nello *spazio costituzionale europeo*, dunque, verrà ricostruito guardando direttamente al discorso e all’attività dei giuristi e, soprattutto, delle Corti, alle affermazioni esplicite ed implicite sul dialogo, all’atteggiamento tenuto nei confronti degli ordinamenti (o sistemi o livelli) concorrenti.

A tale fine, l’analisi sarà suddivisa in tre distinti segmenti: il primo, dedicato ai rapporti tra giurisdizione nazionale italiana - in particolare costituzionale - e Corte di Giustizia

⁹⁷ Grand Chambre, *Case of G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, app. n. 1828/06, 28 Giugno 2018, Concurring Opinion of Judge Motoc. Nella stessa “introduction” di tale *opinion*, è, tra l’altro, possibile leggere, significativamente: “As European judges, we look at the dialogue between judges from our own perspective, that of the application of the European Convention on Human Rights. But to avoid reverting to a monologue, we need to understand the national authorities and sometimes, as Churchill supposedly once said, ‘courage is what it takes to stand up and speak; courage is also what it takes to sit down and listen’”.

⁹⁸ Giurisprudenza da intendersi qui “nel suo significato risalente di sapienza giuridica (*prudentia juris*)” e dunque identificandosi qui “nel discorso dei giuristi accademici e dei giudici”. R. Guastini, “Manifesto di una filosofia analitica del diritto”, in *Rivista di filosofia del diritto* 1/2012, pag. 57.

dell'Unione europea; un secondo, dedicato ai rapporti tra giurisdizione nazionale italiana - in particolare costituzionale - e Corte europea di Strasburgo e, infine, un ultimo segmento dedicato ai rapporti reciproci tra il giudice dell'Unione e il giudice della Convenzione.

Chiaramente, fare riferimento all'ordinamento giuridico italiano e alla Corte costituzionale italiana (nonché alla cultura giuridica italiana) significa far riferimento ad una esperienza singolare, tanto nel senso di peculiare quanto, e precipuamente, nel senso di individuale. Tuttavia, l'esperienza così selezionata è, da una parte, sufficientemente peculiare da costituire un campo di indagine e un 'laboratorio giuridico' particolarmente interessante - tradizione giuridica 'continentale', forte costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico⁹⁹, robusta tendenza alla apertura nei confronti del diritto internazionale -; dall'altra, è un'esperienza non singolare al punto da costituire un *unicum*, potendo, invece, fornire chiavi di lettura e schemi interpretativi utilizzabili anche in riferimento a frammenti di altre esperienze europee.

⁹⁹ R. Guastini, "La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano", in *Ragion pratica*, vol. 11, 1998, pagg. 185 e ss..

CAPITOLO II - Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea

1. Introduzione

L'indagine sull'emersione dell'idea del dialogo tra giudici *nello spazio costituzionale europeo* non può che principiare, per ragioni storiche e cronologiche, dalle interazioni giurisdizionali che, da più di sessant'anni, connotano i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti nazionali.

La prospettiva prescelta è quella dell'ordinamento italiano e, in particolare, vengono in rilievo le interazioni tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale italiana; dal punto di vista temporale, viene assunta come ideale linea di cesura l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Nelle fasi così distinte, a fronte di un'evidente ampiezza e consistenza del materiale giurisprudenziale, l'analisi è stata organizzata lungo le due linee direttrici del rapporto tra ordinamenti e del rapporto tra corti.

Relativamente alla fase temporale antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, viene individuato un discorso giurisprudenziale che, iniziato negli anni Sessanta, ha condotto alla *apertura* dell'ordinamento interno alle *ragioni* del diritto comunitario: percorso storicamente ricostruito in termini di “collaborazione” o “dialogo”, ancorché a distanza o nascosto, tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia [§2].

In particolare, sarà passato in rassegna il punto di partenza di tale discorso e, cioè, la serie di pronunce fondamentali - e, come si vedrà, fondanti - in cui la Corte di Giustizia ha fissato le “caratteristiche specifiche” che connotano il diritto comunitario: un autonomo fondamento di validità; la preminenza sul diritto interno degli Stati membri, anche di rango costituzionale, l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni negli ordinamenti nazionali [§2.1]. Particolare attenzione sarà riservata alla *risposta* della Corte costituzionale allo stimolo rappresentato dalla giurisprudenza comunitaria, il cui è esito è rappresentato da quella giurisprudenza che, nel cercare soluzioni ai problemi giuridici posti dall'integrazione comunitaria, giunge alla concettualizzazione di ordinamenti “separati e autonomi, coordinati e comunicanti”. Si tratta di una formula, intrinsecamente contraddittoria eppure di considerevole successo, destinata a

rappresentare per lungo tempo il paradigma delle relazioni tra ordinamenti ancorché in modo tutt'altro che coerente ed unitario o privo di ambiguità [§2.2].

Proseguendo la disamina della fase antecedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, viene poi ricostruita la conseguenza diretta più vistosa dei descritti rapporti tra ordinamenti "separati e autonomi, coordinati e comunicanti": i rapporti tra giudici comuni, Corte di Giustizia e Corte costituzionale. Alla coordinazione tra ordinamenti, incentrata su una (asseritamente) chiara ripartizione di competenze normative, è speculare una netta ripartizione di competenze giurisdizionali tra gli attori indicati, incentrata sulla nozione di diritto comunitario ad effetti diretti o direttamente applicabile. Così, dunque, il giudice comune applica direttamente le norme comunitarie, anche a preferenza di quelle di diritto interno, eventualmente interpellando la Corte di Giustizia tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale; mentre la Corte costituzionale si fa garante dell'integrità dell'ordinamento costituzionale, tramite interventi da considerarsi finali, quasi una sorta di *extrema ratio*.

Una volta evidenziata tale peculiare divisione del lavoro comunitario, si avrà cura di segnalare il distacco particolarmente accentuato della Corte costituzionale dalla materia comunitaria a causa di una serie di corollari che essa trae dalla propria costruzione dogmatica dei rapporti tra ordinamenti: tale giudice, infatti, non reputa di potersi avvalere del meccanismo di rinvio preliminare interpretativo alla Corte di Giustizia; del pari, reputa che le questioni d'interpretazione del diritto comunitario siano pregiudiziali rispetto alle questioni di costituzionalità della legge, atteso che l'eventuale *non-applicazione* della norma interna, in quanto *incompatibile* con una norma comunitaria ad effetto diretto e preminente, determina l'assenza del requisito processuale della rilevanza della questione di costituzionalità; infine, si riserva essenzialmente un sindacato *interno* su norme *esterne*, rivendicando un *diritto di ultima parola* sull'ingresso nell'ordinamento italiano del diritto comunitario [§3].

Così ripercorsa la prima fase della storia dei rapporti tra ordinamenti e dei rapporti tra corti, è possibile esaminare la fase temporale successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009. Rispetto a tale campo d'indagine, potrà evidenziarsi un discorso giurisprudenziale in corso, 'uguale e contrario' rispetto al passato, con cui si sollecita l'apertura dell'ordinamento comunitario alle *ragioni* del diritto costituzionale

statale, attraverso un netto richiamo al dialogo diretto tra Corti sui diritti fondamentali [§4].

In particolare, si evidenzierà come la ‘giuridificazione’ della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, insieme ad un sostanziale ampliamento delle competenze comunitarie e della giurisdizione dell’organo giudiziario europeo, abbia offerto occasione per una nuova ‘fase costituente’ nella giurisprudenza della Corte di Giustizia avente per oggetto i diritti fondamentali. Quest’ultima, infatti, ha affermato che i diritti fondamentali comunitari devono essere rispettati in tutti i casi in cui si applichi il diritto dell’Unione e, salve ipotesi tutto sommato eccezionali, a preferenza delle garanzie costituzionali interne. Le ripercussioni di tale dottrina, letta in combinazione con l’estensione delle competenze normative dell’Unione europea, sono evidenti: l’effetto di sostituzione delle garanzie costituzionali interne e l’erosione della giurisdizione degli interpreti dotati della parola ultima su tali documenti [§4.1].

Verrà poi analizzata la *risposta* della Corte costituzionale alla sollecitazione rappresentata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, sarà possibile evidenziare come l’ennesima sfida comunitaria abbia determinato - se non una rinuncia alla costruzione giuridica dei rapporti tra ordinamenti, perlomeno - la sovrapposizione e l’aggiunta di un modello incentrato sul paradigma del dialogo tra corti sui diritti fondamentali, avente luogo in un contesto caratterizzato dalla “coesistenza” e “concorrenza” di carte e di corti. La cauta distanza e la rivendicazione di un *diritto di ultima parola* della Corte costituzionale cedono il passo a sollecitazioni dirette e, semmai, alla rivendicazione di un *diritto di prima parola* rispetto alle questioni comunitarie che intersecano la materia “tipicamente costituzionale” dei diritti, così da poter illustrare immediatamente il significato di un certo diritto o di un certo principio nell’ordinamento italiano ed, eventualmente, sollecitare una trasformazione e un mutamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia [§4.2].

Al termine della ricostruzione, sulla base delle dottrine elaborate, degli atteggiamenti e delle affermazioni della giurisprudenza considerata, verranno effettuate alcune considerazioni finali [§5].

1. Introducción

La investigación sobre el surgimiento de la idea del diálogo entre jueces *en el espacio constitucional europeo* no puede sino comenzar, por razones históricas y cronológicas, con las interacciones jurisdiccionales que, desde hace más de sesenta años, caracterizan las relaciones entre el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales.

La perspectiva elegida es la del ordenamiento italiano y, en particular, se toman en consideración las interacciones entre el Tribunal de Justicia y la Corte Constitucional italiana; desde el punto de vista temporal, se asume como línea de cesura ideal la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En las fases así diferenciadas, frente a una evidente amplitud y consistencia del material jurisprudencial, el análisis ha sido organizado sobre la base de dos líneas directrices: la relación entre ordenamientos, por una parte, y la relación entre tribunales, por la otra.

En relación con la base temporalmente anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se identifica un discurso jurisprudencial que, iniciando en los años sesenta, ha conducido a la *apertura* del ordenamiento interno a las *razones* del derecho comunitario: camino históricamente reconstruido en términos de “colaboración” o “diálogo”, aunque distante o escondido, entre Corte Constitucional y Tribunal de Justicia [§2].

En particular, se examinará el punto de partida de tal discurso y, así, la serie de pronunciamientos fundamentales – y, como se verá, fundantes – en los cuales el Tribunal de Justicia ha fijado las “características específicas” que caracterizan el derecho comunitario: un fundamento autónomo de validez; la preeminencia sobre el derecho interno de los Estados miembro, incluso de rango constitucional; y el efecto directo de toda una serie de disposiciones en los ordenamientos nacionales [§2.1]. Se dará particular atención a la *respuesta* de la Corte Constitucional al estímulo representado por la jurisprudencia comunitaria, cuyo resultado es la jurisprudencia que, en la búsqueda de soluciones a los problemas jurídicos planteados por la integración comunitaria, llega a la conceptualización de ordenamientos “separados y autónomos, coordinados y en comunicación. Se trata de una fórmula, intrínsecamente contradictoria pero de éxito considerable, destinada a representar por largo tiempo el paradigma de las

relaciones entre ordenamientos aunque en un modo que dista mucho de ser coherente y unitario o exento de ambigüedad [§2.2].

Siguiendo con el examen de la fase anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se reconstruye la consecuencia directa más ostentosa de las relaciones descritas entre ordenamientos “separados y autónomos, coordinados y en comunicación”: las relaciones entre jueces comunes, Tribunal de Justicia y Corte Constitucional. La coordinación entre ordenamientos, centrada en una repartición (presuntamente) clara de competencias normativas, se refleja en una neta repartición de competencias jurisdiccionales entre los actores indicados, centrada en la noción de derecho comunitario de efectos directos o de aplicación directa. Así, por tanto, el juez común aplica directamente las normas comunitarias, incluso dándoles preferencia por sobre aquellas de derecho interno, eventualmente usando el mecanismo de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia; mientras que la Corte Constitucional se vuelve garante de la integridad del ordenamiento constitucional, a través de intervenciones que deben considerarse finales, casi una suerte de *extrema ratio*.

Una vez puesta en evidencia esta peculiar división del trabajo comunitario, se prestará particular atención a señalar el distanciamiento particularmente acentuada de la materia comunitaria por parte la Corte Constitucional a causa de una serie de corolarios que ésta deriva de su propia construcción dogmática sobre las relaciones entre ordenamientos: tal tribunal, en efecto, no considera que pueda valerse del mecanismo de reenvío preliminar interpretativo al Tribunal de Justicia; del mismo modo, reputa que la cuestión de interpretación del derecho comunitario es prejudicial respecto de las cuestiones de constitucionalidad de la ley, dado que la eventual *no aplicación* de la norma interna, en cuanto *incompatible* con una norma comunitaria de efecto directo y preeminente, determina la ausencia del requisito procesal de la relevancia de la cuestión de constitucionalidad; finalmente, se reserva esencialmente un control *interno* de normas *externas*, reivindicando un *derecho a la última palabra* acerca del ingreso al ordenamiento italiano del derecho comunitario [§3].

Así repasada la primera fase de la historia de las relaciones entre ordenamientos y de las relaciones entre tribunales, es posible examinar la fase temporal sucesiva a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Con respecto a este campo de

investigación, puede apreciarse un discurso jurisprudencial en curso, ‘igual y contrario’ respecto al pasado, con el cual se solicita la apertura del ordenamiento comunitario a las *razones* del derecho constitucional estatal, a través de un claro llamado al diálogo directo entre tribunales acerca de los derechos fundamentales [§4].

En particular, se pondrá en evidencia cómo la ‘juridificación’ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, junto con una ampliación sustancial de las competencias comunitarias y de la jurisdicción del órgano judicial europeo, ha dado oportunidad para una nueva “fase constituyente” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene por objeto los derechos fundamentales. Este último, en efecto, ha afirmado que los derechos fundamentales comunitarios deben ser respetados en todos los casos en los cuales es aplicable el derecho de la Unión y, salvo hipótesis excepcionales, con preferencia a las garantías constitucionales internas. Las repercusiones de esta doctrina, leída en combinación con la extensión de las competencias normativas de la Unión Europea, son evidentes: el efecto de sustitución de las garantías constitucionales internas y la erosión de la jurisdicción de los intérpretes dotados de la última palabra acerca de tales documentos [§4.1].

Será luego analizada la *respuesta* de la Corte Constitucional al apremio representado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, será posible poner en evidencia como el nuevo desafío comunitario ha determinado – sino una renuncia a la construcción jurídica de las relaciones entre ordenamientos, por lo menos – la superposición y la incorporación de un modelo centrado en el paradigma del diálogo entre tribunales sobre los derechos fundamentales, que tiene lugar en un contexto caracterizado por la “coexistencia” y “concurrency” de cartas o convenios y de tribunales. La cauta distancia y la reivindicación de un *derecho a la última palabra* de la Corte Constitucional ceden el paso a solicitudes directas y, en todo caso, a la reivindicación de un *derecho a la primera palabra* con respecto a las cuestiones comunicadas que intersecan la materia “típicamente constitucional” de los derechos, para poder ilustrar inmediatamente el significado de un cierto derecho o de un cierto principio en el ordenamiento italiano y, eventualmente, solicitar una transformación y un cambio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [§4.2].

Al término de la reconstrucción, sobre la base de las doctrinas, sobre la base de las doctrinas elaboradas, de las posturas y de las afirmaciones de la jurisprudencia que han sido consideradas, se efectuarán algunas consideraciones finales [§5].2. L'apertura dell'ordinamento alle ragioni comunitarie

2.1. Le ragioni comunitarie della Corte di Giustizia delle (ex) Comunità europee: un ordinamento giuridico di nuovo genere

In una pluralità di sentenze, pronunciate in seguito all'utilizzo da parte dei giudici comuni nazionali del meccanismo del rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte di Giustizia ha elaborato lo statuto del diritto comunitario (le sue "caratteristiche specifiche") e, conseguentemente, ne ha definito i rapporti con il diritto degli Stati membri¹⁰⁰.

Si allude ad una produzione giurisprudenziale, ampiamente analizzata e discussa da molte e diverse prospettive dottrinali, che si dipana all'incirca dalla prima metà degli anni Sessanta (*Van Gend en Loos*) fino alla fine degli anni Settanta (*Simmenthal*)¹⁰¹. Tali sentenze, tradizionalmente raggruppate e lette congiuntamente, sono considerate - ancorché non unanimemente¹⁰² - la manifestazione più evidente del processo di emancipazione del diritto comunitario dal diritto pubblico internazionale¹⁰³ e, conseguentemente, del *processo di costituzionalizzazione* dei Trattati portato avanti

¹⁰⁰ J. H. H. Weiler, "The Transformation of Europe", in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pagg. 2405 e ss. (pag. 2413: "Starting in 1963 and continuing into the early 1970's and beyond, the European Court of Justice in a series of landmark decisions established four doctrines that fixed the relationship between Community law and Member State law and rendered that relationship indistinguishable from analogous legal relationships in constitutional federal states").

¹⁰¹ Evidentemente, in relazione a questo momento storico occorre fare riferimento ai cosiddetti Trattati (al plurale) di Roma del 1957, aventi ad oggetto l'istituzione della Comunità economica europea e la Comunità europea dell'energia atomica.

¹⁰² Sul punto: M. Rasmussen, "Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment" in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, Issue 1, 2014, pagg. 136 e ss.; B. Davies, M. Rasmussen, "Towards a New History of European Law" in *Contemporary European History*, vol. 21, 2012, pagg. 302 e ss.

¹⁰³ P. Pescatore, "International Law and Community Law. A Comparative Analysis" in *Common Market Law Review*, Vol. 7, 1970, pagg. 167 e ss.; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, cit., pag. 116 ("... 'de-internazionalizzazione' del diritto comunitario: i rapporti fra gli Stati membri della Comunità iniziano a essere disciplinati da un complesso normativo che si distingue dal diritto internazionale e che rivolge le proprie norme direttamente ai cittadini e ai pubblici poteri nazionali, senza che esse vengano trasformate in diritto statale")

dalla Corte di Giustizia¹⁰⁴. All'interno di questa ricostruzione, si è posto l'accento sull'attivismo della Corte di Giustizia, che si sarebbe auto-attribuita la competenza a decidere, con modalità divergenti dai canoni del diritto internazionale pubblico¹⁰⁵, questioni giuridiche di tradizionale spettanza *interna*, con ciò rendendo palese la propria percezione dell'ordinamento comunitario e del ruolo ad essa riservato. Ciò che risulta nuovo, nell'esperienza europea, è il fatto che la soluzione alle singole questioni sia rinvenuta nel diritto comunitario (e ad opera della stessa Corte di Giustizia), anziché nel diritto costituzionale dei singoli Stati membri o nelle tesi dogmatiche diffuse nella cultura giuridica di riferimento¹⁰⁶.

Del pari diffusa è l'idea per cui tale *processo di costituzionalizzazione e de-internazionalizzazione* del diritto comunitario passi attraverso l'elaborazione delle

¹⁰⁴ E. Stein, "Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution," in *American Journal of International Law* vol. 75/1981, pagg. 1 e ss. ("the Court has construed the European Community Treaties in a constitutional mode rather than employing the traditional international law methodology. Proceeding from its fragile jurisdictional base, the Court has arrogated to itself the ultimate authority to draw the line between Community law and national law. Moreover, it has established and obtained acceptance of the broad principle of direct integration of Community law into the national legal orders of the member states and of the supremacy of Community law within its limited but expanding area of competence over any conflicting national law"); G. Federico Mancini, "The Making of A Constitution For Europe") in *Common Market Law Review*, vol. 26, Issue 4, 1989, pagg. 595 e ss. (pag. 596: "Treaties are basically different from constitutions. [...] The main endeavour of the Court of Justice has precisely been to remove or reduce the differences just mentioned. In other words, the Court has sought to 'constitutionalise' the Treaty, that is to fashion a constitutional framework for a federal-type structure in Europe"); J. H. H. Weiler, "The Transformation of Europe", *op. cit.*; P. P. Craig, "Once upon a Time in the West: the Direct Effect and the federalization of EEC Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, pagg. 453 e ss..

¹⁰⁵ G. Itzcovich, "L'interpretazione del diritto comunitario" in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2008, pagg. 434 e ss.

¹⁰⁶ B. de Witte, "Direct Effect, Supremacy, and The Nature of The Legal Order" in P. Craig, G. de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, pag. 181: "The major novelty of *Van Gend en Loos* is not the discovery that EEC law *could* have direct effect. [...] The crucial contribution of the judgment was rather that the question whether specific provisions of the Treaty (or, later, secondary Community law) had direct effect was to be decided centrally by the Court of Justice, rather than by the various national courts according to their own views on the matter".

celebri dottrine del cosiddetto effetto diretto e della preminenza (o anche primazia)¹⁰⁷. Per inciso, in merito alla nozione qui chiamata preminenza, la Corte di Giustizia ha utilizzato in maniera intercambiabile il termine “*prééminence*” o “*precedence*”¹⁰⁸ e “*primauté*” o “*primacy*”¹⁰⁹; raramente si riscontra la nozione di “*supremacy*”¹¹⁰. In ogni caso, in via di prima approssimazione, possiamo definire effetto diretto l’idoneità di una norma comunitaria ad essere applicata dalle autorità giudiziarie o amministrative degli Stati membri senza necessità di meccanismi di adeguamento o di riproduzione interni. La preminenza della norma comunitaria denota, invece, l’attitudine di questa ad essere preferita alle ovvero a prevalere sulle norme statali con essa incompatibili¹¹¹. È opinione consolidata e certamente condivisibile¹¹² quella per cui la Corte di Giustizia ha fondato la dottrina dell’effetto diretto della norma comunitaria, a seguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo del giudice tributario olandese, nella sentenza del 1963 *Van*

¹⁰⁷ Le nozioni, concettualmente autonome e distinte, sono normalmente considerate intimamente legate tra loro, evidentemente a motivo del fatto che la diffusione della dottrina dell’effetto diretto delle norme comunitarie ha consentito il pieno affermarsi della dottrina della prevalenza: il presupposto affinché una norma prevalga su di un’altra è che essa - poco importa se in virtù della sua forza propria ovvero in virtù di un rinvio ad essa da parte di una norma costituzionale- sia considerata applicabile nel sistema di riferimento. Vedi: G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Aracne, Roma 2016, pag. 206: “comunemente si dice che il principio dell’efficacia diretta sia la precondizione del primato comunitario o che comunque i due siano strettamente legati, contribuendo a determinare entrambi la natura dell’ordinamento giuridico europeo”.

¹⁰⁸ Ad esempio nel caso *Costa v E.N.E.L.*, nella versione italiana “preminenza”.

¹⁰⁹ Ad esempio nel caso *Internationale Handelsgesellschaft*, nella versione italiana “preminenza”.

¹¹⁰ Nel caso *Walt Wilhelm*, nella versione italiana “primato”.

¹¹¹ Le definizioni riprendono: S. Prechal, “Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union”, in C. Barnard (ed), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹¹² Sul carattere *non* innovativo delle pronunce, vedi, invece, la ricostruzione dell’ex giudice della Corte di Giustizia David Edwards: D. Edwards, “Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. ENEL and the Van Duyn Family Revisited” in A. I. K. Campbell, M. Voyatzis (eds), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law: Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, Trenton Publishing, 1996.

*Gend en Loos*¹¹³, cui si affianca la fondazione della dottrina della preminenza, a seguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo del giudice italiano, nella successiva sentenza del 1964 *Costa*¹¹⁴. Tuttavia, è certamente possibile evidenziare come il discorso sia stato portato avanti negli anni dalla Corte di Giustizia in maniera graduale e, soprattutto, come questo presenti ripetuti richiami e rimandi interni: siffatto gradualismo e tali elementi di continuità permettono di presentare unitariamente le *ragioni* del diritto comunitario, senza dar luogo ad un'analisi delle singole pronunce.

Un primo ed importante elemento comune alla giurisprudenza costituente degli anni Sessanta è l'affermazione per cui il sistema dei Trattati di Roma fonda ed istituisce un "ordinamento giuridico di nuovo genere"¹¹⁵. Tale considerazione costituisce, al tempo stesso, premessa (dogmatica) e conclusione (dogmatica) dei ragionamenti giuridici della Corte di Giustizia: poiché siamo in presenza di un "ordinamento giuridico di nuovo genere", il diritto comunitario presenta "caratteristiche specifiche" come l'effetto diretto e la preminenza sul diritto interno; al contempo, poiché il diritto comunitario è

¹¹³ Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1. Occorre notare che il rinvio viene effettuato da un giudice tributario olandese, la "Tariffcommissie". Da notare che, a seguito di due riforme costituzionali, nei Paesi Bassi il diritto internazionale "direttamente applicabile" (*self-executive*) prevale sul diritto interno. Inoltre, a seguito del moltiplicarsi di controversie circa il carattere "direttamente applicabile" delle norme comunitarie sull'unione doganale, la Corte suprema olandese decise che la competenza a decidere tale questione fosse di spettanza della Corte di Giustizia: "is a question that can only be answered on the basis of interpretation of those treaty provisions" (Hoge Raad, 18 maggio 1962). Questo significa che alla stregua del diritto interno, era pacifico interrogare la Corte di Giustizia circa la diretta applicabilità della norma comunitaria in questione.

¹¹⁴ Diversamente da quanto osservato in relazione al caso *Van Gend en Loos*, qui il rinvio proviene da un giudice italiano, cioè di un paese legato ad una concezione dualistica dei rapporti tra diritto interno ed internazionale. Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66. Oltre all'inaugurazione della dottrina della "prevalenza" comunitaria, la sentenza *Costa* si segnala, altresì, per aver inaugurato la tendenza della Corte di Giustizia ad occuparsi anche di quei rinvii pregiudiziali in cui non sussiste che un simulacro di dubbio interpretativo del diritto comunitario. Nel caso di specie (come prontamente rilevato da alcune delle parti intervenute in giudizio), il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sembrava unicamente teso ad ottenere una pronuncia in cui si accertasse che lo Stato italiano avesse violato il diritto comunitario nazionalizzando la produzione e distribuzione dell'energia elettrica. Non casualmente, la parte rilevante della pronuncia è quella in cui la Corte di Giustizia ritiene ricevibile il quesito e delinea l'ampiezza della propria giurisdizione sui rinvii pregiudiziali di interpretazione a norma dell'art. 177 TCE.

¹¹⁵ L'esplicita definizione del "Trattato" quale "Costituzione" delle Comunità è rinvenibile nella di poco successiva sentenza (ricorso per annullamento) della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, C-294/83, EU:C:1986:166, par. 23: "A questo proposito si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato".

connotato da “caratteristiche specifiche” come l’effetto diretto e la preminenza sul diritto interno, le Comunità hanno istituito un “ordinamento giuridico di nuovo genere”. Così, a proposito della dottrina dell’effetto diretto, nella sentenza *Van Gend en Loos* il Trattato istitutivo della Comunità economica è tenuto distinto dai comuni accordi internazionali che creano diritti e obblighi reciproci *esclusivamente* in capo agli Stati che vi hanno aderito, le Alte Parti Contraenti¹¹⁶. Conseguenza di questa differenza è che la Comunità costituisce un “ordinamento giuridico di nuovo genere” nel campo del diritto internazionale e che il diritto comunitario deve poter esser fatto valere dai cittadini degli Stati membri davanti alle giurisdizioni nazionali: tale complesso normativo, dunque, ha come destinatari sì gli Stati membri, ma anche i loro cittadini.

(Alcune del)le sue prescrizioni si rivolgono, infatti, agli individui, ad esempio attribuendo posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, sia direttamente sia come correlativo degli obblighi che gravano su altri soggetti pubblici o privati ovvero nazionali o internazionali: in questi casi, il diritto comunitario *deve essere* immediatamente e direttamente azionabile giudizialmente su istanza individuale, senza la necessità di alcuna mediazione formale interna.

È interessante notare come nella sentenza *Van Gend en Loos* manchi l’enunciazione in termini generali della dottrina dell’effetto diretto: non si parla di effetto diretto delle norme del Trattato CE in quanto tale. In realtà, essa contiene qualcosa di assai più rilevante: la Corte di Giustizia rivendica la competenza a decidere quando la norma comunitaria volta volta rilevante possa dirsi dotata di effetto diretto, tramite il raccordo nazionale rappresentato dal rinvio pregiudiziale dei giudici comuni¹¹⁷. In caso di dubbi sulla individuazione delle norme ad effetto diretto, infatti, soccorre l’intervento della Corte di Giustizia, secondo le coordinate (apparentemente) tecniche (ma, in realtà) altamente discrezionali del carattere “chiaro, preciso e incondizionato” della disposizione volta volta rilevante. Tale discrezionalità ha permesso alla Corte di

¹¹⁶ Sentenza *Van Gend en Loos*, *cit.*, nella versione francese (pag. 23): “attendu que l’objectif du traité C.E.E. qui est d’instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que *ce traité constitue plus qu’un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants*”.

¹¹⁷ M. Rassmussen, *op. cit.*, pag. 154: “The ECJ remained cautious, however. It did not comment on the direct effect of other articles of the EEC Treaty, thereby potentially implying that the direct effect of treaty norms applied to negative obligations solely, and it did not introduce the primacy of European law”.

Giustizia di considerare ad effetto diretto una pluralità di norme, anche sulla base di disposizioni intrinsecamente differenti tra loro¹¹⁸, ricavate da previsioni del Trattato¹¹⁹ e, a partire dagli anni Settanta, anche da disposizioni di diritto derivato.

¹¹⁸ Ad esempio, la Corte di Giustizia ha predicato l'immediata applicabilità da parte dei giudici nazionali di previsioni che, nell'attribuire diritti ai cittadini degli Stati membri, richiedevano espressamente *l'adozione di atti attuativi nazionali o comunitari*, come nella sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Reyners*, C-2/74, EU:C:1974:68., par. 24/27 ("tale norma è, per eccellenza, *atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini* di tutti gli altri Stati membri. Stabilendo alla fine del periodo transitorio la realizzazione della libertà di stabilimento, l'art. 52 prescrive quindi un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento doveva essere facilitato, ma non condizionato, dall'attuazione di un programma di misure gradualità; il fatto che questa gradualità non sia stata osservata lascia intatto l'obbligo stesso, una volta scaduto il termine stabilito per il suo adempimento") e nella sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, *Defrenne II*, C-43/75, EU:C:1976:56, par. 30/34 ("la circostanza che determinate disposizioni del trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude affatto che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei *diritti* ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati. Dallo stesso tenore dell'art. 119 TCEE si evince che questo impone agli Stati un risultato obbligatorio da conseguirsi entro un termine tassativamente indicato. L'efficacia di questa disposizione non può essere affievolita dalla circostanza che l'obbligo imposto dal trattato non è stato osservato in determinati Stati membri e che le istituzioni comuni non hanno adeguatamente reagito contro tale inadempienza. L'ammettere il contrario rischierebbe di fare della violazione del diritto un canone interpretativo, atteggiamento che la Corte non potrebbe assumere senza porsi in contrasto con il compito assegnatole dall'art. 164 del trattato"). Viceversa, è stata negata la caratterizzazione in termini di "effetto diretto" a norme che alternativamente lasciavano ampi margini di discrezionalità agli Stati ovvero ad una istituzione comunitaria, come ad esempio: l'art 67 CE (63 TFUE) che prevedeva l'obbligo di liberalizzare i movimenti di capitali nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune (sentenza della Corte dell'11 novembre 1981, *Casati*, C-203/80).

¹¹⁹ Ad esempio, l'art. 30 TCE che vieta restrizioni quantitative alla circolazione intra-comunitaria delle merci, reputata disposizione "imperativa, esplicita e che non necessita di alcun intervento ulteriore degli Stati membri o delle istituzioni" (sentenza della Corte del 22 marzo 1977, *Ianelli*, C-74/76, in cui "Il *divieto* delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente sancito dall'art. 30 del trattato è *assoluto ed esplicito, e non richiede alcun ulteriore provvedimento di attuazione* da parte degli Stati membri o delle istituzioni comunitarie. Esso ha pertanto *efficacia diretta ed attribuisce ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare*"); l'art. 37 TCE che pone un obbligo di astensione da qualsiasi nuova misura restrittiva al commercio nel mercato interno (Sentenza della Corte, 19 dicembre 1968, *Salgoil*, C-13/68).

In generale, su questa evoluzione, vedi: S. Robin-Olivier, "The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections" in *International Journal Of Constitutional Law*, 12/2014.

La Corte del Lussemburgo ha infatti affermato che i regolamenti comunitari sono “atti, per natura, a produrre effetti diretti”¹²⁰; ha utilizzato la dottrina dell’effetto diretto in riferimento a prescrizioni di decisioni¹²¹ e, non senza controversia, di direttive

¹²⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 17 Maggio 1972, *Orsolina Leonesio v Ministero dell'agricoltura e foreste*, C-93/71, EU:C:1972:39. Del resto, l’art. 189 TCE, afferma che i regolamenti sono “direttamente applicabili” negli ordinamenti degli Stati membri. In generale, la tendenza pressoché dominante nella cultura giuridica è quella di utilizzare in modo del tutto fungibile le nozioni di diritto comunitario “direttamente applicabile” e diritto comunitario ad “effetto diretto”. Tale tendenza è accolta e fatta propria, per quanto qui interessa, sia dalla Corte costituzionale italiana, sia dalla Corte di Giustizia, sia dai giudici comuni nazionali. L’unica eccezione da parte della dottrina, sembra essere: J. A. Winter, “Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law” in *Common Market Law Review* 1972, pagg. 435 e ss..

¹²¹ Sentenza della Corte del 6 ottobre 1970, *Grad*, C-9/70, EU:C:1970:78 che affronta la questione dell’effetto diretto di talune disposizioni contenute, rispettivamente, in una decisione (articolo 4 della decisione del Consiglio 13 maggio 1965, relativa all’armonizzazione di alcune disposizioni che incidono sulla concorrenza nel settore dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili) e in una direttiva (articolo 1 della prima direttiva del Consiglio, in data 11 aprile 1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d’affari). “In particolare, la norma secondo cui le decisioni sono obbligatorie in tutti i loro elementi per il destinatario fa sorgere il problema del se l’obbligo derivante da una decisione possa esser fatto valere soltanto dalle istituzioni comunitarie nei confronti del destinatario, oppure possa eventualmente esser fatto valere da qualsiasi soggetto interessato al suo adempimento. Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall’articolo 189 alla decisione l’escludere, in generale, la possibilità che l’obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno Stato membro o tutti gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell’atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. Gli effetti di una decisione possono non essere identici a quelli di una disposizione contenuta in un regolamento, ma tale differenza non esclude che il risultato finale, consistente nel diritto del singolo di far valere in giudizio l’efficacia dell’atto, sia lo stesso nei due casi. [...] È quindi opportuno esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra il destinatario dell’atto e i terzi”); vedi anche, sentenza della Corte del 10 novembre 1992, *Hansa Fleisch*, C-156/91, EU:C:1992:423.

comunitarie¹²². In tempi più recenti, la Corte di Giustizia ha addirittura affermato che anche i principi generali del diritto comunitario sono suscettibili di essere immediatamente invocati davanti alle autorità statali interne¹²³. In particolari casi, si è prospettato un effetto diretto “orizzontale” delle norme comunitarie, che, dunque, vengono considerate idonee ad attribuire diritti individuali azionabili contro altri privati e non dei confronti delle autorità pubbliche. L’effetto diretto orizzontale viene riscontrato relativamente a norme, ricavate dal Trattato, reputate espressive di principi

¹²² Sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, in cui viene ripetuto il ragionamento della sentenza *Grad* (“Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 alla direttiva l'escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposta sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. [...] È quindi opportuno esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli. [...] L'obbligo risultante dalla norma testé citata è assoluto ed incondizionato; esso non richiede inoltre, per la sua stessa natura, alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri. [...] La questione va perciò risolta nel senso che l'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964 n. 221 crea in capo ai singoli diritti soggettivi ch'essi possono far valere in giudizio negli Stati membri e che i giudici nazionali devono tutelare”). Già precedentemente si riscontra una anticipazione di simili idee nella sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Spa SACE*, C-33/70, EU:C:1970:118 (“l'obbligo di abolire il diritto per servizi amministrativi, stabilito dalla direttiva 68/31 della Commissione in data 22 dicembre 1967, in relazione agli articoli 9 e 13, n. 2, del trattato ed alla decisione del Consiglio n. 66/532, è direttamente efficace nei rapporti fra lo Stato membro, destinatario della direttiva, e i suoi cittadini e attribuisce loro, a partire dal 1° luglio 1968, dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare”).

¹²³ Il riferimento è alla sentenza della Corte del 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709. Si tratta, tuttavia, dell’affermazione dell’effetto diritto al principio di non discriminazione per età dei lavoratori e, cioè, di un principio che trova fondamento espresso in disposizioni primarie di cui, tra l’altro, era già stato predicato l’effetto diretto. Sul punto, V. Sciarabba, “Dopo Mangold la Corte di Giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne”, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo* 2/2010 pagg. 376 e ss.

generali o fondamentali del diritto comunitario, come principio di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento, libertà di circolazione¹²⁴.

In ogni caso, attraverso la elaborazione della dottrina dell'effetto diretto e, soprattutto, tramite la sua graduale generalizzazione, la Corte di Giustizia ha progressivamente sviluppato l'idea che il diritto comunitario sia un complesso normativo vincolante per gli Stati e per i loro cittadini, un insieme di norme che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Non casualmente, infatti, al fine di offrire legittimazione a tale obbligo di applicare il diritto comunitario, le norme reputate ad effetto diretto sono (perlomeno inizialmente), norme che fondano posizioni giuridiche soggettive individuali, da tutelare davanti al giudice nazionale¹²⁵.

Ancora, anche a proposito della dottrina della preminenza comunitaria, il discorso del giudice del Lussemburgo si incentra sulla necessità di distinguere il Trattato CEE dagli

¹²⁴ Si veda ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia del 12 dicembre 1974 *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo*, C-36/74, EU:C:1974:140 ("l'art. 59, 1° comma, prescrivendo l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, attribuisce ai singoli, a decorrere dalla scadenza del periodo di transizione, *diritti soggettivi che il giudice nazionale è tenuto a tutelare*"); sentenza della Corte di Giustizia dell'8 Aprile 1976, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, EU:C:1976:56 ("La questione dell'efficacia diretta dell'art. 119 va esaminata alla luce della natura del principio della parità di retribuzione, dello scopo perseguito da detta disposizione e della sua collocazione nel sistema del trattato. [...] Da questo duplice scopo, economico e sociale, deriva che il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della Comunità. [...] *Almeno in tali casi, l'art. 119 può essere applicato direttamente e può quindi attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionale devono tutelare*").

¹²⁵ A titolo di esempio: sentenza della Corte di Giustizia del 16 Giugno 1966, *Alfons Lütticke GmbH v Hauptzollamt Sarrelouis*, C57/65, EU:C:1966:34 ("il divieto dell'articolo 95 ha effetto diretto e attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali devono tutelare"); Sentenza della Corte di Giustizia del 19 dicembre 1968, *S.p.A. Salgoil contro Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana* C-13/68, EU:C:1968:54 ("Il divieto di cui all'articolo 31 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti nei rapporti giuridici fra Stati membri e singoli. L'articolo 31 attribuisce quindi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare"; poi estesa all'art. 32 co. 1); sentenza della Corte di Giustizia del 26 Ottobre 1971, *Eunomia di Porro e C. v Ministero della pubblica istruzione della Repubblica italiana*, C-18/71, EU:C:1971:99 ("Per sua natura, detto divieto è perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti nei rapporti giuridici fra gli Stati membri e i loro amministratori. Di conseguenza, [...] detti articoli hanno attribuito ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare"); sentenza della Corte di Giustizia dell'11 Dicembre 1973, *Gebrüder Lorenz GmbH v Federal Republic of Germany and Land Rheinland-Pfalz*, C-120/73, EU:C:1973:152 ("il divieto di attuazione posto dall'ultimo capoverso dell'art. 93, n. 3, ha efficacia immediata ed attribuisce al singolo dei diritti che il giudice nazionale è tenuto a salvaguardare").

altri comuni trattati internazionali, per aver questo “istituito un *proprio* ordinamento giuridico”, qui affermato addirittura “integrato” in quello degli Stati membri.

Dalla premessa (dogmatica) della integrazione nel diritto statale di disposizioni provenienti da fonti comunitarie, discende la conseguenza *logica* (un evidente *corollario* per la Corte di Giustizia) della “impossibilità” per gli Stati membri “di far prevalere” sul diritto comunitario, cioè su di “un ordinamento giuridico accettato in condizioni di *reciprocità*” un “ordine *comune*” agli Stati, il proprio diritto interno, cioè un “provvedimento *unilaterale* ulteriore”, quest’ultimo essendo “inopponibile” o “del tutto privo di efficacia”¹²⁶. E ciò porta del pari alla conclusione (dogmatica) per cui il diritto comunitario, scaturito da una fonte “autonoma” (“*issu d'une source autonome*”), non può incontrare, a ragione della sua natura specifica e innovativa (“*nature spécifique originale*”), limiti alla sua validità o alla sua efficacia in nessun provvedimento nazionale, quale esso sia (“un *texte interne* quel qu'il soit”).

Nasce qui il *topos* dell'autonomia (interna) del diritto comunitario e l'irrelevanza del diritto statale¹²⁷.

L'affermazione negativa sulla “impossibilità di far prevalere” una norma interna sulla norma comunitaria si traduce, in positivo, nella formula della preminenza del diritto comunitario, che significa capacità di rendere “inapplicabile di diritto” la legislazione nazionale preesistente e di “impedire la valida formazione” di legislazione nazionale successiva¹²⁸. Da un punto di vista pratico, ne deriva l'obbligo per l'autorità nazionale di applicare integralmente il diritto comunitario, “disapplicando” l'eventuale

¹²⁶ Sentenza *Costa, cit.*, pag. 25: “attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions”.

¹²⁷ J. W. van Rossem, “The Autonomy of EU Law: More is Less?” in R. A. Wessel, S. Blockmans (eds.), *Between Autonomy and Dependence*, The Hague, Asser Press, 2013, pagg. 13 e ss.; S. Vezzani, “L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di Giustizia”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1/2016, pagg. 68 e ss.

¹²⁸ Sentenza della Corte del 6 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal Spa*, C-106/77, EU:C:1978:49. Si trattava in particolare di un caso di contrasto tra norme comunitarie (derivanti da disposizioni del Trattato e di un regolamento CE) e una legge successiva a questi, quale la legge italiana n. 1239 del 1970. Tra le altre cose, la pronuncia definisce e appiattisce l'una sull'altra le nozioni di diretta applicabilità e di effetto diretto: viene precisato che il connotato della diretta applicabilità vale ad identificare quelle norme CE che devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità (regolamenti, alla luce dell'art. 189 TCE).

disposizione di legge contrastante, sia questa anteriore o successiva alla norma comunitaria. In particolare, tale disapplicazione deve avvenire direttamente da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa, senza attendere la rimozione del diritto interno contrastante ad opera del Legislatore, dell'organo di giustizia costituzionale accentratore ovvero mediante qualsiasi altro procedimento suscettibile di ostacolare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario, ancorché prescritto dalla Costituzione del singolo Stato membro.

Nella sentenza *Costa*, la dottrina della preminenza è enunciata in termini generali: si parla di preminenza *del* diritto comunitario, inteso come insieme di norme derivanti dal sistema del Trattato; solo successivamente, tale carattere verrà predicato rispetto alle norme comunitarie aventi effetto diretto¹²⁹.

Un certo grado di (voluta) ambiguità è riscontrabile, invece, in riferimento a ciò che è impossibile far prevalere contro il diritto comunitario: si parla di “provvedimenti unilaterali”, di “testi [legislativi] interni, quali che siano”: manca, insomma, la specificazione circa l'assolutezza o l'ampiezza di detta preminenza. Tale aspetto viene precisato successivamente e in maniera espressa e non equivoca: il diritto comunitario non può incontrare limiti nel diritto nazionale, neanche se costituzionale¹³⁰.

La norma comunitaria non è men valida o meno efficace perché comporti una menomazione dei diritti fondamentali garantiti nella Costituzione di uno Stato membro o, più in generale, di taluni principi nazionali di rango costituzionale. La validità e l'efficacia del diritto comunitario possono essere unicamente determinati alla luce del diritto comunitario: la norma comunitaria sarà men valida o meno efficace soltanto se essa contrasti con i diritti fondamentali comunitari o più, in generale, con i principi generali dell'ordinamento comunitario, secondo l'apprezzamento della Corte di Giustizia.

E tuttavia, nel momento stesso di massima chiusura del diritto comunitario alle *ragioni* nazionali, si dà mostra di recuperare e *interiorizzare* quelle medesime *ragioni*: nella

¹²⁹ Sentenza della Corte del 26 ottobre 1971, *Eunomia di Porro*, C-18/71, EU:C:1971:99, par. 4 e ss: “Di conseguenza, [...] detti articoli hanno attribuito ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare e che devono *prevalere* sulle contrarie disposizioni di diritto interno, anche se lo Stato membro non ha provveduto tempestivamente ad abrogarle”.

¹³⁰ Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114.

pronuncia in cui la dottrina della preminenza raggiunge l'acme, la Corte di Giustizia consolida il riferimento alle "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati come "(obbligatoria) fonte di ispirazione" per la tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario¹³¹.

2.2. Ordinamenti giuridici "autonomi e separati, coordinati e comunicanti"

L'affermazione delle "caratteristiche specifiche" del diritto comunitario - il suo effetto diretto, la sua preminenza sul diritto nazionale - costituisce, per l'appunto, una semplice *affermazione* della Corte di Giustizia¹³². Affinché davanti alle autorità nazionali i cittadini e le imprese degli Stati membri fondino le proprie pretese sul diritto comunitario e perché non si vedano opporre diritto interno contrastante, occorre qualcosa di ulteriore: occorre, cioè, il riconoscimento e la presa in carico delle *ragioni* del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali, una qualche *collaborazione* al "colpo di stato" rappresentato dalla giurisprudenza costituente della Corte di Giustizia¹³³.

Chiaramente, le *reazioni* costituzionali interne alla giurisprudenza della Corte di Giustizia erano suscettibili di atteggiarsi (e si atteggiarono) in maniera variegata, a seconda del diritto positivo vigente o delle tesi dogmatiche diffuse nella cultura giuridica degli Stati membri, come le dottrine moniste o dualiste sui rapporti tra diritto statale e diritto internazionale o l'attribuzione di una maggiore o minore vocazione internazionalistica alla Costituzione nazionale. Inevitabilmente, le dottrine dell'effetto

¹³¹ Sulla fondazione della dottrina comunitaria e l'intrinseca ambiguità della formula "(obbligatoria) fonte di ispirazione" in generale, si veda il Capitolo IV.

¹³² B. Davies, M. Rasmussen, "Towards a New History of European Law", *cit.*, pag. 306 ("Without the acceptance by national courts, these doctrines might have been empty gestures given the striking lack of a constitutional mandate for the ECJ in the original treaties. Over time, however, so the conventional story goes, national judiciaries would come to accept this constitutional practice, if not the full blown claims of European constitutionalism per se, although this process often took decades, and the high courts in particular offered stiff resistance"); G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, *cit.*, pag. 135 ("Era però chiaro che una gerarchia fra diritto comunitario e diritto statale di questo tipo in nessun modo avrebbe potuto essere semplicemente presupposta, né, tanto meno, avrebbe potuto essere "dimostrata" con l'interpretazione dei Trattati o argomentazioni di carattere dogmatico: il diritto comunitario poteva prevalere solo grazie alla collaborazione e al dialogo fra giudici nazionali e Corte di giustizia").

¹³³ A. Stone Sweet, "The Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority", in *German Law Review*, vol. 8, 2007, pagg. 916 e ss.

diretto e della primazia del diritto comunitario furono filtrate negli ordinamenti nazionali dalle Corti - in particolare supreme e costituzionali -, che, progressivamente, le (ri)elaborarono e le (ri)enunciarono nei termini che esse reputavano compatibili con la struttura costituzionale interna¹³⁴.

Non più tardi del 1978, il giurista ‘pratico’ Italo Telchini, Avvocato dello Stato e poi direttore generale onorario della Commissione delle Comunità europee, si riferiva a questo fenomeno di progressiva definizione giurisprudenziale dei rapporti tra diritto interno e comunitario parlando di un “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee¹³⁵ e, nel medesimo anno, Bruno Genevois, *commissaire du gouvernement* al Consiglio di Stato francese nel caso *Cohn-Bendit* affermò che nei rapporti tra giudice francese e giudice comunitario non dovesse esserci spazio “ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges”¹³⁶.

Per quanto riguarda l’esperienza italiana, la giurisprudenza della Corte costituzionale sull’integrazione europea è normalmente descritta in termini di “avvicinamento” alle

¹³⁴ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, cit., pag. 203 (“La giurisprudenza della Corte costituzionale detta, nel dialogo con la Corte di giustizia, tempi e modi del riconoscimento del diritto comunitario nell’ordinamento interno”); vedi anche il contributo di M. Claes, “The Primacy of EU Law in European and National Law” in di A. Arnulf, D. Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

¹³⁵ I. Telchini, “Il dialogo continua: a proposito del conflitto giurisprudenziale tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee”, in AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, Franco Angeli editore, 1978.

¹³⁶ La dottrina francese attribuisce in maniera pressoché univoca l’invenzione dello stesso termine “dialogo tra corti” a Bruno Genevois: costui avrebbe coniato la fortunata formula nel 1978 nella sentenza *Conseil d’Etat*, 6 décembre 1978, *Ministère de l’Intérieur c/ Cohn-Bendit*. Tuttavia, ricordiamo come già nel 1974, sempre nel mondo francese, Nicole Questiaux nei *Melanges Stassinopulos*, così si esprimeva in riferimento alla Corte di Giustizia CE e al meccanismo del rinvio pregiudiziale: “qui a tout fait pour que la procédure se déroule comment un dialogue confin de jurisdiction à jurisdiction”. In ogni caso, vedi: B. de Lamy, “Dialogue des juges: cadre, enjeux et perplexité”, cit., pag. 3 (“La paternité de l’expression – qui connaît un succès considérable parce qu’elle est aussi rassurante qu’indéfinie – est attribuée à Bruno Genevois, dont les Mélanges s’intitulent précisément ‘le dialogue des juges’”); F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir), *Le dialogue entre les juges européennes et nationaux: incantation ou réalité?* cit.. (“L’existence du ‘dialogue des juges’ fait pratiquement l’unanimité depuis son ‘invention doctrinale’ sous la plume du président Genevois en 1978 dans ses conclusions sur l’arrêt *Cohn-Bendit*”); C. Van de Heining, “The European Perspective: from lingua franca to a common language”, in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier and C. Van de Heining, op. cit., (pag. 182: “The rules governing the interaction between national law and EU law, including rules on hierarchy and the limits of EU law primacy, are essential of this constitutional core. The most vivid conversations between domestic courts - mostly supreme and constitutional courts- and the CJEU concern exactly these principles”).

posizioni della Corte di Giustizia, di “cammino comunitario” della Corte costituzionale, secondo una scansione temporale in fasi distinte¹³⁷.

Altrettanto diffuso è il rilievo per cui, nell'affrontare le questioni poste dalla partecipazione al progetto europeo, la Corte costituzionale è giunta alle medesime conclusioni della Corte di Giustizia sul piano del diritto applicabile, pur muovendosi da premesse affatto diverse¹³⁸. Della ‘differenza argomentativa’ era consapevole la stessa Corte costituzionale: “...alla [medesima] conclusione perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo”, anche se questa “muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte”: del resto “quel che importa è che col giudice comunitario si possa *convenire* nel senso che alla normativa derivante dal

¹³⁷ P. Barile, “Il cammino comunitario della Corte”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pagg. 2406 e ss.. Sulle (diverse) periodizzazioni delle “fasi” della giurisprudenza della Corte costituzionale: F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli 1995; A. Celotto, “Coerenza dell’ordinamento e soluzione delle antinomie nell’applicazione giurisprudenziale”, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto: la teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli 2000. Per una sintesi della narrazione, F. Salmoni “La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali” in P. Falzea, A. Spadaio, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, Giappichelli 2003 (pagg. 289-291 “Per un lunghissimo periodo – che ha abbracciato l’arco di trent’anni e non si è ancora concluso – ad ogni passo della giurisprudenza della Corte di giustizia verso l’affermazione del primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri, ha corrisposto una pronuncia della Corte costituzionale che [...] ha reso effettivo, attraverso la propria giurisprudenza, il cammino comunitario del nostro Paese. Così, all’affermazione del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale o del principio dell’effetto diretto, attribuito dalla Corte di Giustizia alle norme dei Trattati istitutivi e alle norme di diritto derivato, ha fatto eco la Corte costituzionale con una serie di pronunce attraverso le quali è passata da asserzioni decisamente refrattarie alle posizioni comunitarie all’attuale totale accettazione, con i distinguo che faremo, della tesi della prevalenza del diritto comunitario su quello interno”).

¹³⁸ R. Guastini, “Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?”, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin* (vol. II), Jovene, Napoli, 2004, pagg. 1193 e ss. (“le due dottrine, benché teoricamente divergenti, [hanno] esiti convergenti” in merito all’individuazione delle norme vigenti nell’ordinamento interno).

Trattato [...] va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia”¹³⁹. Vale la pena evidenziare che le “diverse premesse” da cui si muove la Corte costituzionale sono le “premesse dogmatiche” fondamentali dell’epoca, indiscutibili e irrinunciabili: la separazione e l’autonomia degli ordinamenti giuridici, la discettazione (politicamente opaca) in termini di “rapporti ordinamentali” e tutto l’apparato concettuale tradizionale (“sovranità”; “competenza”; “limiti costituzionali alle limitazioni di sovranità”).

Come che sia, in questa sede non interessa ripercorrere le fasi in cui la produzione giurisprudenziale costituzionale è stata (variamente) suddivisa, ma soffermarsi su questo (primo) punto di arrivo del discorso della Corte costituzionale, cioè sulla soluzione che è stata offerta alle problematiche giuridiche poste dalla giurisprudenza costituente europea.

In primo luogo, occorre reperire un fondamento e una giustificazione costituzionale alla partecipazione al progetto di integrazione comunitario, implicante l’istituzione di un “ordinamento giuridico di nuovo genere”. Il testo della Costituzione italiana non conteneva (originariamente) alcuna previsione espressa in materia di partecipazione alle Comunità Europee: similmente a quanto avvenuto negli altri Stati Membri, l’elaborazione giudiziale nazionale sul ruolo e la posizione del diritto comunitario si è

¹³⁹ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 170 del 1984 cd. *Granital* (relatore A. La Pergola), par. 7: “... alla conclusione testé enunciata perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo. Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna. A parte ciò, e per quanto risulta alla Corte, il regolamento comunitario è fatto immediatamente operare, ad esclusione delle norme interne incompatibili, anteriori e successive, in tutti indistintamente gli ordinamenti degli Stati membri, quale che poi, in ciascuno di essi, possa essere la giustificazione di siffatto regime alla stregua delle rispettive previsioni costituzionali”.

formalmente incentrata sulla disposizione costituzionale dedicata alle organizzazioni internazionali (art. 11 Costituzione)¹⁴⁰.

Tale disposizione assume, per la Corte, il ruolo di una norma permissiva con cui il Legislatore costituente consente di stipulare trattati e darvi esecuzione con legge ordinaria, anche quando detti trattati modifichino il disegno costituzionale, limitando i poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislative, esecutive e giudiziarie¹⁴¹. Nel caso delle Comunità sussistono tutti i presupposti richiesti affinché l'autorizzazione costituzionale espliciti i propri effetti: le finalità del trattato (l'integrazione economica è ritenuta essere strumentale ad un più ampio obiettivo di pace e sicurezza tra gli Stati europei¹⁴²); le condizioni di parità e reciprocità della limitazione di sovranità (l'Italia ha acquistato il diritto di nominare propri rappresentanti nelle istituzioni della Comunità, Assemblea e Consiglio, e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia). Pertanto, sono costituzionalmente consentite le limitazioni di sovranità necessarie per la istituzione della "nuova organizzazione interstatuale, di tipo *sovranaZIONALE*, a carattere permanente, con

¹⁴⁰ L'art. 11 Costituzione dispone che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. Nell'indagare la genesi di tale disposizione costituzionale, è stato evidenziato che "la mancanza di riferimenti testuali all'unificazione europea non ebbe mai il sapore di una chiusura verso i progetti di integrazione che nel frattempo andavano maturando". Semmai, si trattò di "una prudenza nella forma", come si evince dalle parole del presidente della Commissione dei 75 Meuccio Ruini: "possiamo fermarci al testo proposto dalla commissione, che, mentre non esclude la formazione di più stretti rapporti nell'ambito europeo, non ne fa un limite ed apre tutte le vie ad organizzare la pace e la giustizia fra tutti i popoli". Così, M. Cartabia, L. Chieffi, "Art. 11" in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *La costituzione italiana principi fondamentali, diritti e doveri dei cittadini. Commentario*, Torino, UTET, 2007.

¹⁴¹ Così già a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 14 del 1964 cd. 'Costa' (relatore A. Papaldo) e sentenza della Corte costituzionale italiana n. 183 del 1973 cd. 'Frontini' (relatore G. Astuti).

¹⁴² Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/1973 cd. 'Frontini', considerato in diritto par. 4: "È sufficiente considerare le solenni enunciative contenute nel preambolo del Trattato, e le norme concernenti i principi (artt. 1 e seguenti), i fondamenti (artt. 9 e seguenti), e la politica della Comunità (artt. 85 e seguenti), per constatare come la istituzione della C.E.E. sia stata determinata dalla comune volontà degli Stati membri di 'porre le fondamenta di una unione sempre più stretta tra i popoli europei', diretta 'ad assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa', e ciò nel preciso intento di 'rafforzare le difese della pace e della libertà, facendo appello agli altri popoli d'Europa, animati dallo stesso ideale, perché si associno al loro sforzo', nonché di 'confermare la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare, desiderando assicurare lo sviluppo della loro prosperità conformemente ai principi dello Statuto delle Nazioni Unite'".

personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale”¹⁴³: in particolare, è ammissibile l’attribuzione di una *competenza* legislativa alla Comunità nelle *materie* individuate dal Trattato.

Una volta rinvenuto nell’art. 11 Costituzione la base formale per la partecipazione alle Comunità Europee, l’approfondimento giurisprudenziale su tale disposizione è stato utilizzato dalla Corte costituzionale per reagire alle dottrine dell’effetto diretto e della preminenza comunitaria.

La definizione dei rapporti tra norme si traduce, nel linguaggio della Corte costituzionale, nella definizione dei “rapporti tra ordinamenti”: siamo in presenza di un ordinamento, quale quello comunitario, “estraneo” e “del tutto distinto da quello interno”, ma, al contempo, “riconosciuto” mercé la disposizione dell’art. 11 Costituzione¹⁴⁴; inoltre, i due “sistemi giuridici” pur essendo “autonomi e distinti”, sono tra loro “coordinati e comunicanti”¹⁴⁵.

La ragione di detto “coordinamento” è individuata nell’art. 11 della Costituzione, il quale consente *l’apertura* dell’ordinamento italiano alle *ragioni* del diritto delle Comunità: la Costituzione non solo legittima e autorizza la partecipazione al progetto d’integrazione europea ma legittima e consente anche di rendere conto della dottrina dell’effetto diretto e della prevalenza del diritto comunitario¹⁴⁶.

L’art. 11 Costituzione autorizza l’attribuzione di competenze normative alle istituzioni delle Comunità e, dunque, autorizza il riconoscimento e la legittimazione di una fonte normativa *esterna*, a competenza riservata, che produce e immette nell’ordinamento giuridico norme immediatamente applicabili. Dunque, da queste fonti, appartenenti all’ordinamento “autonomo” ma “coordinato”, si ricavano norme che operano

¹⁴³ Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/1973 cd. ‘Frontini’, considerato in diritto par. 5.

¹⁴⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 98/1965 cd. ‘Acciaierie San Michele’ (relatore M. Fragali).

¹⁴⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/1973 (cd. Frontini), considerato in diritto par. 7; sentenza della Corte Costituzionale n. 389 del 1989 (relatore A. Baldassarre), considerato in diritto par. 4:

¹⁴⁶ Già nella sentenza Frontini viene affermata la diretta applicabilità dei regolamenti comunitari in quanto tali, senza la necessità di un atto di riproduzione interno (per tenere conto di ‘esigenze di eguaglianza e di certezza giuridica’). Nella successiva sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 232/1975 cd. ‘ICIC’ (relatore G. Astuti), si affronta il problema del meccanismo con cui far valere detta prevalenza della norma comunitaria, individuandolo, per ragione pratiche e di ordine costituzionale, nell’intervento accentrato della Corte Costituzionale.

direttamente nell'ordinamento interno, “come norme investite di forza o valore di legge” e che, “nei limiti delle competenze e nell’ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità”, hanno “rango primario”¹⁴⁷.

Per definire i “rapporti tra ordinamenti”, quindi, la Corte costituzionale ragiona in termini di nette e precise attribuzioni di competenza: laddove, una frazione di potestà legislativa è stata attribuita alle istituzioni della Comunità, vi è una sorta di riserva a favore della legislazione comunitaria, riserva garantita dalla stessa Costituzione.

¹⁴⁷ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 170 del 1984 cd. ‘Granital’ (relatore A. La Pergola), considerato in diritto par. 4: “il sistema statuale, dal canto suo, *si apre* a questa normazione, lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle” [...]. l'ordinamento italiano - in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE, e della sottostante limitazione della sovranità statale - consente, appunto, che nel territorio nazionale il regolamento comunitario spieghi effetto in quanto tale e perché tale. A detto atto normativo sono attribuiti ‘forza e valore di legge’, solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto nell'ordinamento di origine”; Sentenza della Corte Costituzionale n. 389 del 1989 (relatore A. Baldassarre), considerato in diritto par. 4: “[...] il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare *l'immissione diretta* nell'ordinamento interno *delle norme comunitarie immediatamente applicabili* come la conseguenza del *riconoscimento* della loro derivazione *da una fonte (esterna) a competenza riservata*, la cui *giustificazione costituzionale* va imputata all'*art. 11 della Costituzione* e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati”.

Tra l’altro, nella sentenza della Corte costituzionale n. 399 del 1987 (relatore F. Saja) si legge che, in caso di antinomia tra norma interna e norma comunitaria e di prevalenza di quest’ultima, “le norme comunitarie si *sostituiscono* a quelle della legislazione interna e, se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi *equiparate* a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost., il quale consente la limitazione della sovranità nazionale al fine di promuovere e favorire organizzazioni internazionali tra cui, com'è *ius receptum*, le Comunità europee”. La pronuncia è annotata da: F. Sorrentino, “Ammissibilità del conflitto e ‘cammino comunitario’ della Corte. Un passo avanti o due indietro?”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1987 pagg. 2818 e ss..

Quando si è in presenza di una *legittima* normativa comunitaria - non adottata *ultra vires* - “l’ordinamento interno si ritrae e non è più operante”¹⁴⁸.

Questa ‘ritrazione’ dell’ordinamento consente l’effetto diretto del diritto comunitario, nei termini riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e, ancora, consente di enunciare i rapporti tra norme interne e norme comunitarie sulla falsariga della dottrina della preminenza comunitaria.

Qualora una norma comunitaria trovi ostacolo in una norma interna con essa incompatibile, l’interprete deve indagare sull’appartenenza della competenza normativa rilevante, decidendo se la controversia avanti a lui pendente sia governata dal diritto interno o comunitario. Per casi la cui disciplina sia rinvenibile nella legislazione comunitaria, è quest’ultima cui dovrà essere data applicazione: nel campo riservato alla loro competenza, le norme comunitarie, aventi effetto diretto o comunque direttamente applicabili, *prevalgono* sulle norme nazionali, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi.

Una norma, prodotta da una fonte *esterna* autorizzata a produrre diritto nell’ordinamento nazionale “entro un proprio distinto ambito di competenza”, non può avere alcuna conseguenza sulle norme interne eventualmente incompatibili: del resto le norme comunitarie sono assoggettate alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducazione e di invalidazione dell’ordinamento di riferimento. La norma interna che traccini dalla propria competenza dovrà meramente essere “non-

¹⁴⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 285 del 1990, (relatore M. Ferri), considerato in diritto par. 4.2: “È appena il caso di aggiungere che ben altra ipotesi è quella di leggi statali o regionali confliggenti con regolamenti comunitari. In tal caso il potere-dovere del giudice di applicare la norma comunitaria anziché quella nazionale non si fonda sull’accertamento di una presunta illegittimità di quest’ultima, bensì sul presupposto che l’ordinamento comunitario è autonomo e distinto da quello interno, con la conseguenza che nelle materie previste dal Trattato CEE la normativa regolatrice è quella emanata dalle istituzioni comunitarie secondo le previsioni del Trattato stesso, fermo beninteso il rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona umana: *di fronte a tale normativa l’ordinamento interno si ritrae e non è più operante*”. Similmente, sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2000 (relatore F. Bile), considerato in diritto par.5: “poiché nelle materie previste dal trattato la normativa regolatrice è quella emanata dalle istituzioni comunitarie secondo le previsioni del trattato stesso (entro il quadro precisato dalla ricordata sentenza n. 170 del 1984) - di fronte a tale normativa, come ha rilevato la sentenza n. 285 del 1990, “l’ordinamento interno si ritrae e non è più operante”. Questa *ritrazione* per un verso consente la diretta applicabilità del diritto comunitario derivato, nei termini riconosciuti dalla giurisprudenza di questa Corte e della Corte di giustizia delle comunità europee [...]”

applicata”¹⁴⁹, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi. Come icasticamente concluso dalla Corte, tutti i soggetti dell'ordinamento - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono “giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie”: in pratica, quei soggetti “devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante la norma comunitaria”, mentre sono tenuti a non applicare le norme di legge che vi fanno ostacolo¹⁵⁰.

Ordinamenti “separati ed autonomi”, ma “coordinati e comunicanti” anche in merito alle garanzie formali e sostanziali che circondano il potere normativo attribuito alle Comunità. Interrogata a tale proposito, la Corte costituzionale ribadisce l’inapplicabilità delle garanzie costituzionali nei confronti della legislazione comunitaria: le “guarentigie costituzionali” - le disposizioni sul procedimento di formazione e pubblicazione della legge, l’istituto del referendum abrogativo e, soprattutto, il controllo di legittimità costituzionale - non sono certamente riferite alla legislazione comunitaria, “emanazione di una fonte di produzione *autonoma*, propria di un ordinamento *distinto* da quello interno”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 1991 (relatore Granata), considerato in diritto n. 4, viene affermato che parlare di “non applicazione” è preferibile rispetto a “disapplicazione”, post che tale ultima nozione “evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti”. Tuttavia, già a partire dalle pronunce del anni Novanta si trova comunemente il termine “disapplicazione”. Sul punto, vedi: A. Celotto, “Dalla ‘non applicazione’ alla ‘disapplicazione’ del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario”, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 1, 1995, pagg. 341 e ss.

¹⁵⁰ Sentenza della Corte Costituzionale n. 389 del 1989, considerato in diritto par. 4, nonché sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 1985 (relatore A. La Pergola): “Non importa, al riguardo, se la disciplina prodotta dalla CEE sia seguita o preceduta nel tempo da incompatibili statuizioni della legge interna; il regolamento da applicare è infatti preso in considerazione dal nostro ordinamento in quanto e perché atto comunitario, con il risultato che la sfera da esso occupata è preclusa alla legge statale. Dal canto suo, quest'ultima fonte rimane collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione giuridica del distinto e autonomo sistema della Comunità, sebbene di essa garantisca - grazie al disposto dell'art. 11 Cost. - piena e ininterrotta osservanza entro l'ambito territoriale dello Stato. Compete, allora, al giudice ordinario accertare se le disposizioni del diritto interno, le quali verrebbero altrimenti in rilievo nella specie, confliggano con alcuna previsione del diritto comunitario, che - secondo il Trattato di Roma e in conformità della garanzia assicurata alla relativa osservanza dall'art. 11 Cost. - riceve nel territorio italiano necessaria e immediata applicazione”.

¹⁵¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973, par. 8 considerato in diritto.

Ciò non ammonta, tuttavia, ad una odiosa negazione di tutela per il cittadino, poiché l'ordinamento comunitario risulta caratterizzato da “un complesso di garanzie statutarie” e da un “*proprio* sistema di tutela giuridica”. Infatti, è assicurata una tutela giurisdizionale particolarmente ampia contro gli atti eventualmente lesivi di diritti dei singoli soggetti: già a partire dal 1970, del resto, la Corte di Giustizia ha affermato che i “diritti fondamentali” costituiscono “limiti” - giuridici e quindi giudizialmente azionabili - alle competenze normative delle proprie istituzioni, in quanto espressione dei “principi generali” del diritto delle Comunità¹⁵². Tra l'altro, sul piano materiale e contenutistico, tali garanzie “analoghe” sono affermate essere ispirate alle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri: una formula che, pur ambigua, evoca una situazione di rassicurante *convergenza e omogeneità valoriale*¹⁵³.

In ogni caso, l'art. 11 Costituzione consente alle limitazioni di sovranità dello Stato non illimitatamente, ma esclusivamente quando necessarie ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. L'art. 11 Costituzione non autorizza, in particolare, la prevalenza delle norme comunitarie sui “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”¹⁵⁴ che devono essere “rispettati” dal Legislatore delle Comunità.

La Corte isola un (non meglio definito) nucleo di “principi fondamentali” e “diritti inalienabili” *all'interno* del testo della Costituzione repubblicana, i quali non sono suscettibili di essere intaccati dagli atti esterni europei e che, evidentemente, costituiscono *limite* all'apertura dell'ordinamento giuridico alle *ragioni comunitarie*¹⁵⁵: con costruzione giuridica scarsamente argomentata, la Corte Costituzionale inaugura la

¹⁵² Si veda *infra* Capitolo IV.

¹⁵³ Si veda la ricostruzione, pur se in chiave critica, di: G. Gaja, “Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario” in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pagg. 574 e ss.

¹⁵⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973 cd. ‘Frontini’. Particolarmente esemplificativa risulta, poi, la sentenza della Corte costituzionale n. 399 del 1987 (relatore F. Saja), considerato in diritto par. 2: “Invero, gli organi delle Comunità europee non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale e, in particolare, la ripartizione delle competenze pur prevista da norme di livello costituzionale, ma possono emanare, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, disposizioni di differente contenuto: le quali però, come questa Corte ha già avvertito, *debbono rispettare i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale nonché i diritti inalienabili della persona umana*”

¹⁵⁵ Una sorta di “coto vedado” alla preminenza del diritto comunitario, secondo la nota espressione di Ernesto Garzon Valdes.

dottrina dei cosiddetti controlimiti alle limitazioni di sovranità disposte a favore delle (ex) Comunità Europee¹⁵⁶.

Evidentemente, la Corte muove dall'idea che la Costituzione non costituisca un (mero) insieme di enunciati normativi, bensì “corpo di disposizioni coordinate in sistema”¹⁵⁷, al cui interno vi sono alcune norme ‘preminenti’ o, comunque, ‘più importanti’ delle altre norme costituzionali¹⁵⁸. La concezione riposa sull'idea che le norme giuridiche costituzionali non sono tutte poste sullo stesso piano, poiché talune di queste norme esprimono la *identità assiologica* dell'ordinamento e sono, dunque, sovraordinate o assiologicamente preminenti¹⁵⁹.

Per inciso, queste norme - che, nel caso di specie si inverano nei “principi fondamentali e diritti inalienabili” reputati “intangibili” - non sono individuabili *a priori*, essendo il testo della Costituzione repubblicana (salva una eccezione¹⁶⁰) privo di riferimenti ad

¹⁵⁶ La terminologia “controlimiti” non è stata coniata dalla Corte costituzionale, la quale non ha mai utilizzato tale espressione, con l'eccezione della recente sentenza n. 238/2014. L'espressione viene fatta risalire agli scritti di Paolo Barile il quale, più precisamente, parlava di “controlimitazioni alle limitazioni di sovranità” nella celebre nota alla sentenza *Frontini* del 1973.

¹⁵⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 175 del 1971 (redattore Costantino Mortati).

¹⁵⁸ R. Guastini, “I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana” in *Consulta online* 1/2016, pagg. 153 e ss.

¹⁵⁹ Si fa riferimento alla tassonomia proposta da Riccardo Guastini in relazione al concetto di “identità della Costituzione, in cui si distingue tra “identità testuale”; “identità politica”; “identità giuridica” e, infine “identità assiologica”. Si veda: R. Guastini, “La costituzione senza identità”, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online* 1/2020. Sul punto, si vedano altresì: R. Guastini, “I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana”, *cit.*, pag. 154 (“concezione sostanzialistica dell'identità della Costituzione” che riposa sull'instaurazione di una “gerarchia assiologica” tra norme, sulla base di un opinabile giudizio di valore dell'interprete); R. Guastini, *Interpretare e argomentare, cit.*, pagg. 169-170 (sulla gerarchia assiologica) e pagg. 365 e ss. (pag. 368: “Ebbene, secondo questo modo di vedere, il criterio di identità di una costituzione - lo “spirito di una costituzione” per così dire - è dato dall'insieme dei principi fondamentali (anzi ‘supremi’, come si usa dire) che la caratterizza e la distinguono da altre costituzioni...”).

Più ampiamente, G. Pino, “Tre concezioni della costituzione”, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2015, parla di “costituzione come assiologia (o ‘per valori’)”.

In generale, per la concezione “materiale” della Costituzione e le sue varianti, vedi: C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940; C. Mortati, *Dottrine generali e costituzione della Repubblica Italiana*, Giuffrè, Milano, 1986; A. Barbera, C. Mortati, *Una e indivisibile*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁶⁰ Il riferimento è all'art. 139 Costituzione. Secondo Gustavo Zagrebelsky, tuttavia, vi sarebbero anche altri limiti strettamente impliciti nel testo della Costituzione e, dunque, deducibili mediante ragionamenti logicamente stringenti, quali: il principio democratico di cui all'art. 1 Costituzione, i diritti *inviolabili* di cui all'art. 2 Costituzione e il principio di rigidità della Costituzione di cui all'art. 138 Costituzione. Sul punto: G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, UTET 1987, pag. 101 e ss..

essi, bensì sono il frutto di una individuazione giurisprudenziale su base casistica, fortemente discrezionale¹⁶¹.

Come che sia, le conclusioni del discorso della Corte costituzionale, presentate come auto-evidenti e quasi logiche, sono il risultato di un ragionamento giuridico astruso e intimamente poco coeso, in cui al linguaggio tecnicizzato si accompagnano termini quasi pre-giuridici (“ritrazione” dell’ordinamento, “non-applicazione” del diritto; “comunicazione e coordinamento” tra ordinamenti) ovvero fortemente connotati in senso assiologico (gli evanescenti “principi fondamentali e diritti inalienabili”). Ciò che è indubbio è che la giurisprudenza *costituente* comunitaria, rappresentando una notevole sfida agli schemi e alle costruzioni concettuali dominanti nella cultura giuridica interna del tempo, abbia sollecitato ed ingenerato quel percorso graduale verso la concezione di ordinamenti *aperti* alle rispettive *ragioni*, non più incommensurabili e reciprocamente irrilevanti, ancorché ‘ammantata’ e mistificata nel linguaggio della cultura giuridica del tempo.

3. La ripartizione delle competenze comunitarie tra Corte di Giustizia, giudici comuni e Corte costituzionale

La costruzione giuridica della Corte costituzionale, incentrata su di una (asseritamente) precisa e ben delineata ripartizione di competenze tra ordinamenti giuridici, alimentò di riflesso anche una rigida divisione del lavoro comunitario tra i vari attori giurisdizionali, sulla base del criterio di riparto costituito dalla nozione di diritto comunitario ad effetto diretto o, comunque direttamente applicabile.

¹⁶¹ Solo successivamente a questa giurisprudenza sui “limiti” (o “controlimiti”) alle ragioni del diritto comunitario troviamo l’affermazione dell’esistenza di “principi supremi” che non possono essere sovvertiti o modificati neanche da leggi di rango costituzionale o di revisione costituzionale. Oggi è noto che la Corte costituzionale ritiene che, oltre al limite esplicito alla revisione costituzionale di cui all’art. 139 Cost. (“la forma repubblicana”) vi siano degli altri limiti, *impliciti* nel testo costituzionale, ed espressivi di “principi che appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (così il diritto giurisprudenziale nella sentenza n. 1146 del 1988). Questa “valenza interna” di tali “principi supremi” viene ad affiancarsi alla loro “valenza esterna”: essi costituiscono limite al mutamento e alla revisione costituzionale che promana dall’ “interno” dell’ordinamento costituzionale e, altresì, dall’ “esterno”, dall’ordinamento comunitario. Sulla duplice valenza dei “principi supremi”, vedi: P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015; R. Calvano, “Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni”, in S. Staiano (a cura di), *Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pagg. 361 ss..

Conformemente alle dottrine elaborate dalla giurisprudenza costituente della Corte di Giustizia e adattate all'ordinamento interno dalla Corte costituzionale, il giudice comune nazionale, nell'esercizio delle proprie funzioni, dà immediata applicazione alla norma comunitaria che sia direttamente applicabile nell'ordinamento degli Stati Membri, anche ove sussista una norma nazionale contrastante, di rango legislativo ovvero (in alcuni casi) costituzionale. In queste ipotesi, dunque, trova pieno sfogo la dottrina della preminenza comunitaria: nel caso di un eventuale conflitto (in caso di *incompatibilità*) tra norma europea ad effetto diretto e norma interna, il giudice darà piena ed immediata attuazione alla norma comunitaria, non applicando, in tutto o in parte, la norma interna contrastante, che esorbita dalla propria competenza.

Precondizione essenziale per la tenuta di questo sistema è, evidentemente, l'individuazione di quali norme comunitarie possano dirsi dotate di effetto diretto nell'ordinamento¹⁶². In queste ipotesi, irrinunciabile è il contributo della Corte di Giustizia, fornito in occasione dei rinvii pregiudiziali d'interpretazione: è in tale sede che viene individuato il significato delle disposizioni comunitarie, “determinando ampiezza e contenuto delle possibilità applicative” e, dunque, anche la decisione circa l'attribuzione dell'effetto diretto¹⁶³.

È bene evidenziare che, per la Corte costituzionale, una questione di “compatibilità comunitaria” della norma interna assume “priorità logica e giuridica” rispetto ad eventuali incidenti di costituzionalità: la soluzione di detta questione, infatti, potendo avere come esito la non-applicazione del diritto interno, incide sulla stessa operatività della norma e, dunque, si riflette sul requisito della (necessaria) rilevanza di un eventuale quesito di legittimità costituzionale¹⁶⁴. Pertanto, il giudice *a quo*, prima di

¹⁶² Sentenze della Corte costituzionale n. 170 del 1984 (disapplicazione della normativa interna in contrasto coi Regolamenti); n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989 (diretta applicabilità delle sentenze della Corte di Giustizia); sentenze n. 64 del 1990 e n. 168 del 1991 (diretta applicabilità delle direttive dettagliate).

¹⁶³ Sentenza della Corte di Giustizia del 6 ottobre 1982, *Srl CILFIT*, C-283/81. EU:C:1982:335.

¹⁶⁴ Ordinanza della Corte costituzionale n. 454 del 2006 (redattore G. Tesauro), in cui la Corte ritiene che il denunciato contrasto tra norme ordinarie e gli articoli 3 e 41 Costituzione nasconda in realtà una contrasto con norme comunitarie provviste di effetto diretto, quali gli artt. 43 e 49 del Trattato. Poiché le censure si risolvono nel dubbio di compatibilità comunitaria delle norme impugnate, la questione viene dichiarata manifestamente inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza, dato che non è adeguatamente motivata (e certa) l'*applicabilità* delle disposizioni di diritto interno nei giudizi *a quibus*.

poter adire la Corte costituzionale, deve preliminarmente esaminare eventuali profili di contrasto con il diritto comunitario, richiedendo, se del caso, l'ausilio interpretativo della Corte di Giustizia, pena l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità per difetto di rilevanza.

Questa posizione è stata fatta propria dalla Corte italiana in riferimento ai casi di questioni cosiddette “doppiamente pregiudiziali”, cioè quelle ipotesi in cui una norma legislativa interna appaia *prima facie* contrastare sia con una norma comunitaria sia con una norma costituzionale. Nel caso di “doppia pregiudiziale”, deve essere previamente effettuato un rinvio alla Corte di Giustizia, sulla cui base il giudice comune deciderà la questione di compatibilità comunitaria; una volta escluso un simile contrasto, data la perdurante applicabilità del diritto interno, sarà possibile provocare il giudizio di costituzionalità.

Per inciso, questo assetto ha dato impulso, nell'ordinamento nazionale, ad una forma di sindacato di *comunitarietà* delle leggi, per il tramite dei giudici comuni e della Corte di Giustizia¹⁶⁵.

In ogni caso, il giudice nazionale, oltre a provocare l'intervento della Corte di Giustizia qualora gli si prospetti una questione di interpretazione del diritto comunitario, dovrà anche fare riferimento a tutte quelle sentenze, rese su domanda pregiudiziale dei giudici di altri Stati Membri, particolarmente quelle in cui vengono individuate le norme ad effetto diretto¹⁶⁶. Del pari, è necessario che il giudice tenga conto anche di tutte le

¹⁶⁵ P. Passaglia (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, reperibile in www.cortecostituzionale.it, 2010, in cui: “Tuttavia, il modo in cui le giurisdizioni nazionali hanno, in concreto, utilizzato (e continuano ad utilizzare) lo strumento del rinvio e le risposte che il giudice comunitario ha effettivamente scelto di dare a tali quesiti, in una parola l'uso reale del meccanismo pregiudiziale da parte dei due soggetti coinvolti nel *dialogo*, svelano una ulteriore finalità dell'istituto. È, infatti, evidente ed ormai pacifico che [...] spesso il supremo giudice comunitario opera, di fatto, quello che in dottrina è stato definito come una ‘forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali’, pronunciandosi più o meno direttamente sulla compatibilità tra una certa disciplina nazionale - in particolare, quella vigente nel Paese membro cui appartiene il giudice che ha sollevato la questione- e quella comunitaria di cui ha contestualmente chiarito il senso e la portata”.

¹⁶⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 1985, par. 4-5 : “... discende dalla sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale [che] la normativa comunitaria entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, [...] vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”.

“precisazioni o integrazioni del contenuto normativo” individuate dalla Corte di Giustizia relativamente alle norme ad effetto diretto¹⁶⁷. La Corte costituzionale, dunque, riconosce espressamente la rilevanza del diritto giurisprudenziale prodotto dalla Corte di Giustizia e nell’ordinamento interno a prevalere è l’interpretazione-prodotto del giudice europeo: trattati, regolamenti, direttive e decisioni *così come* interpretati dalla Corte di Giustizia, interprete di ultima istanza del diritto comunitario.

Evidentemente, i soggetti che hanno il ruolo principale nella soluzione delle questioni di interpretazione ed applicazione del diritto comunitario sono la Corte di Giustizia e i giudici comuni; mentre i compiti che, in tale ambito, la Corte Costituzionale ha riservato a se stessa sembrano *prima facie* piuttosto circoscritti.

¹⁶⁷ Sentenza della Corte Costituzionale n. 389 del 1989, par. 3: “Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che *qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario*, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente (*sic*) il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. *Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" [...] non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*”. Vedi anche sentenza della Corte n. 284 del 2007 (“Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni”).

A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale, rifiutando di considerarsi “giurisdizione” ai limitati fini del procedimento pregiudiziale delineato dall’ (ex) art. 177 TCEE¹⁶⁸, ha ricusato in radice la possibilità di avvalersi del meccanismo di rinvio pregiudiziale: tesi che non costituiva, del resto, un’eccentricità dell’ordinamento italiano, bensì elemento che, con alcune eccezioni, accomunava quegli Stati membri caratterizzati da un organo accentrato di giustizia costituzionale¹⁶⁹.

In ogni caso, occorre evidenziare che tale posizione della Corte costituzionale, qualunque ne fossero le ragioni alla base¹⁷⁰, produceva come fisiologica conseguenza sia l’(auto)esclusione dalle ‘questioni comunitarie’ dell’organo di giustizia costituzionale, sia la progressiva emancipazione dei giudici comuni, chiamati in prima

¹⁶⁸ Ordinanza della Corte costituzionale n. 536 del 1995, in cui: “il giudice comunitario non può essere adito - come pur ipotizzato in una precedente pronuncia [sentenza n. 168 del 1991]-, dalla Corte costituzionale, la quale ‘esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni’ [...] pertanto nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella ‘giurisdizione nazionale’ alla quale fa riferimento l’art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poiché la Corte non può ‘essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali’”. Alcuni autori hanno giudicato incoerente questa posizione, ricordando come la Corte costituzionale ammetta la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità davanti a se stessa, nel corso di giudizi costituzionali in corso di svolgimento, dunque considerandosi “giudice *a quo*” (sentenze nn. 22/1960; 297 e 225 del 1995). Sul punto: O. Pollicino, “The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: a Progressive Overlapping between Supranational and the Domestic Dimensions” in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *Constitutional Conversation in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012; O. Pollicino, “From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 2014 pagg. 143 e ss.; T. Groppi, “La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell’art. 177 del trattato CE”, in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino Giappichelli 1997.

¹⁶⁹ La Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) non ha mai escluso, in linea di principio, la possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e, a partire dalla fine del secondo millennio, ha concretamente fruito di tale possibilità (ordinanza di rinvio del 10 marzo 1999, B 2251/97, B 2594/97). La Corte costituzionale del Belgio (attuale *Cour constitutionnelle*, in precedenza *Cour d’arbitrage*) ha effettuato un primo rinvio alla Corte di giustizia delle Comunità europee nel 1997 (sentenza n. 6/97 del 19 febbraio 1997). La Corte costituzionale della Repubblica di Lituania (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) ha effettuato un rinvio pregiudiziale già nel 2007, appena dopo 3 anni dall’ingresso nell’Unione europea (sentenza 8 maggio 2007).

¹⁷⁰ Normalmente indicate nella necessità di conservare la propria autorità: *superiorem non recognoscens*. o nella impossibilità *de facto* di trovarsi nelle condizioni di rimettere il rinvio.

persona a gestire tali questioni raccordandosi alla Corte delle *ex* Comunità europee¹⁷¹. Questo rifiuto della Corte costituzionale italiana (e delle altre Corti costituzionali o supreme) ha condotto parte della dottrina a distinguere un dialogo *diretto*, tramite l'utilizzo del rinvio pregiudiziale, tra giudice comune e Corte di Giustizia ed un dialogo *indiretto* o, secondo una più raffinata variante, *nascosto* tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale¹⁷².

Come che sia, specularmente a quanto sopra indicato, la competenza in materia comunitaria della Corte Costituzionale presuppone l'assenza nell'ordinamento interno di una norma comunitaria ad effetto diretto.

A fronte di una norma comunitaria non direttamente applicabile, infatti, si arresta il potere del giudice comune di darle applicazione in giudizio, anche a preferenza di una

¹⁷¹ Tale posizione di 'isolamento' era stata a più riprese denunciata dalla dottrina più sensibile all'istanze europeiste: M. Cartabia, "La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana", in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, pagg. 201 e ss; R. Calvano, "La Corte costituzionale e il nuovo orizzonte della tutela multilivello dei diritti fondamentali alla luce della riflessione di S. Panunzio" in *Archivio AIC* 2006 ("anche nella riflessione di Panunzio si evidenzia l'atteggiamento di emarginazione, quasi di autoesclusione della Corte rispetto ad alcune problematiche legate al processo di integrazione, in particolare con il suo rifiuto di utilizzare lo strumento delle questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 234 Tce"; F. Sorrentino, "Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive", relazione al Convegno per i 50 anni della Corte costituzionale "Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano", Roma, Accademia dei Lincei, 24 maggio 2006; M. Cartabia, "Taking Dialogue Seriously" – The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union", in *Jean Monnet Working Paper* 12/07, pagg. 22 e ss.

¹⁷² G. Martinico, F. Fontanelli, "Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'dialogo nascosto' fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2008 pagg. 351 e ss. In particolare: "Vale la pena, però, di accennare ad un altro dato: non è nemmeno vero che le Corti costituzionali nazionali, eludendo il *preliminary ruling*, abbiano *in toto* rifiutato di dialogare con la Corte di Giustizia. Negli anni, infatti, sono state concepite delle forme di 'compensazione' giudiziale, con cui le Corti costituzionali nazionali hanno cercato di rimediare al non perfetto allineamento delle proprie posizioni rispetto a quelle della Corte di Giustizia, creando un contesto di accomodante instabilità multilivello capace di accogliere e moderare i possibili contrasti". Lo stesso ordine di idee è fatto proprio da: M. Gonzalez Pascual, "Mutual Recognition and Fundamental Constitutional Rights. The First Preliminary Reference of the Spanish Constitutional Court", in M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *op. cit.*, pag. 161 ("Nevertheless, the Constitutional Court has shaped some informal means of communication with the CJEU other than by means of the preliminary reference procedures"); L. Arroyo-Jiménez, "Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union" in *European Public Law* vol. 24, 2018, pagg. 57 e ss.; S. Civitarese Matteucci, "Breaking the Isolation? Italian Perspectives on the Dialogue Between the European Court of Justice and Constitutional Courts" in *European Public Law* vol. 22 2016 pagg. 689 e ss.; G. Tesauro, "Costituzione e norme esterne" in *Il diritto dell'Unione europea* 2/2009, pag. 195 e ss. ("dialogo a distanza tra Corti costituzionali, in particolare italiana e tedesca, e Corte di Giustizia").

norma interna contrastante. Ferma restando la possibilità, per tale giudice, di dare un'interpretazione adeguatrice della disposizione interna al diritto comunitario non direttamente applicabile¹⁷³, i conflitti reputati non sanabili tramite il canale interpretativo vengono affidati al vaglio del giudice delle leggi. La Corte è, quindi, competente a giudicare il contrasto tra disposizioni di legge e diritto europeo non direttamente applicabile, mercé il meccanismo della norma interposta e l'art. 11 e, a seguito della riforma costituzionale del 2001, anche l'art. 117 Costituzione¹⁷⁴.

In secondo luogo, la Corte costituzionale si è riservata una specifica competenza comunitaria nell'ambito dei giudizi di costituzionalità della legge in via d'azione¹⁷⁵.

Nel caso dell'(ormai abolito) ricorso preventivo dello Stato avverso le delibere legislative regionali era, infatti, stato affermato che, qualora una questione di compatibilità comunitaria fosse sollevata in via d'azione, mancando un giudice *a quo*, sarebbe stato compito della Corte decidere in merito¹⁷⁶. Per inciso, tale orientamento è

¹⁷³ Sentenza della Corte di giustizia (Sesta Sezione), *Marleasing* del 13 novembre 1990, C-106/89, EU:C:1990:395.

¹⁷⁴ Sulle “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità, vedi Capitolo III. Sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2010: “La prevalente giurisprudenza di legittimità nega, infatti, il carattere “autoapplicativo” delle direttive *de quibus*, con la conseguenza che le disposizioni nazionali, ancorché ritenute in contrasto con le stesse, hanno efficacia vincolante per il giudice. [...] L'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Costituzione”.

¹⁷⁵ D. Paris, *Il parametro negletto: Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Torino Giappichelli, 2018.

¹⁷⁶ Sentenza della Corte Costituzionale n. 384 del 1994, par. 2: “[...] si tratta di verificare, nel presente giudizio, se il perfezionamento del procedimento legislativo regionale non determini l'introduzione, nel nostro ordinamento, di normativa obiettivamente contraddittoria con la preesistente normativa comunitaria. [...] Ora, una cosa è risolvere il problema del contrasto tra la norma comunitaria, direttamente applicabile, e quella interna vigente che risulti incompatibile, demandandone la soluzione ai giudici di merito; altra - e ben diversa - è la verifica di legittimità costituzionale delle deliberazioni legislative dei consigli regionali [...]. [...] trattandosi di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, non vi è un giudice che, statuendo sul rapporto, dichiari la disapplicazione, e il destinatario delle prescrizioni della Corte (sulla necessaria applicazione del regolamento comunitario) sarebbe stata l'amministrazione regionale; nello stesso tempo, però, la normativa impugnata sarebbe stata promulgata, pur se ritenuta non applicabile, e dunque immessa nell'ordinamento giuridico dello Stato. Con evidente lesione del principio della certezza e della chiarezza normativa, ed elusione degli obblighi che incombono sullo Stato italiano, in particolare quello che attiene alla conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario. È dunque da ammettere l'impugnativa promossa dal Governo avverso la legge regionale, non ancora entrata in vigore, che si sospetti in contrasto con la normativa comunitaria”.

stato tenuto fermo anche a seguito della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione.

Venendo, infine, all'ultima competenza comunitaria, la Corte Costituzionale ha rivendicato per sé il potere di dire l'*ultima parola* sulla *partecipazione* alla organizzazione internazionale comunitaria, in un duplice senso: da una parte, essa rivendica il potere di giudicare la costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato qualora “gli organi delle Comunità” violino i “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”; dall'altra, specularmente, rivendica il potere di giudicare la costituzionalità delle cosiddette “leggi di rottura”, atti legislativi interni che, vanificando le (auto)limitazioni di sovranità effettuate all'atto della ratifica del Trattato CE, siano diretti ad impedire o pregiudicare la partecipazione alla Comunità, determinando una lesione del nucleo essenziale dei principi del sistema delle Comunità europee¹⁷⁷.

Per inciso, il sindacato sulle “leggi di rottura”, rispetto al quale scarseggiano già i riferimenti nella giurisprudenza degli anni Ottanta, ha, perso di attualità anche a causa del nuovo testo dell'art. 117 Costituzione, che espressamente introduce un vincolo di conformità al diritto comunitario per la legislazione statale e regionale. Concretamente, dunque, in relazione a quest'ultimo aspetto l'unico sindacato della Corte di una qualche rilevanza è il giudizio sulla legge di esecuzione del Trattato in riferimento ai “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale” e ai “diritti inalienabili della persona umana”, secondo la già ricordata dottrina dei controlimiti.

La giurisprudenza costituzionale in tema di controlimiti è particolarmente scarna e, in un certo senso, del tutto coerente con l'artificiosa costruzione giuridica dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e costituzionale.

¹⁷⁷ Sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 1984, par. 7: “Questo Collegio ha [...] già avvertito come la *legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato*, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, [...]. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di precisazioni. Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto *dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi*: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui è previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.”.

Quanto all'oggetto del sindacato, questo è necessariamente identificato nella legge statale di esecuzione del Trattato, non potendo certamente riguardare atti appartenenti ad un "ordinamento autonomo e distinto" come quello comunitario.

Per quanto riguarda il parametro del giudizio di costituzionalità, esso è espresso nella fumosaendiadi "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e diritti inalienabili della persona umana".

Infine, circa le conseguenze di una "incompatibilità" con o di un "mancato rispetto" di tali principi supremi, la Corte rivendica il giudizio sulla "perdurante compatibilità della partecipazione italiana alla Comunità Economica Europea con i predetti principi"¹⁷⁸. Emerge, dunque, un sindacato della Corte costituzionale che si concretizza in un controllo riferito non al concreto esercizio della competenza attribuita tramite l'art. 11 Costituzione (*i.e.* un controllo sugli atti normativi), bensì un controllo sull'attribuzione stessa della competenza (*i.e.* la partecipazione all'organizzazione internazionale)¹⁷⁹.

La dottrina dei controlimiti, dunque, sembra essere, in una simile declinazione, niente più di una enunciazione retorica, l'ipotesi del "dittatore comunitario", chiaramente "remotissima, anzi talmente fantastica da assumere trasparentemente una funzione di copertura"¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973 cd. 'Frontini'.

¹⁷⁹ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pag. 118: "[La giurisprudenza della Corte costituzionale] va manifestamente a spostare il problema dei limiti costituzionali dei regolamenti (o degli atti in genere) delle Comunità alla questione generale del mantenimento del vincolo comunitario come tale. Una indicazione che è apparsa eccessiva, quasi un'alternativa tra tutto e niente: tutto, perché la violazione dei principi fondamentali costituzionali apre la strada, ma solo nel caso estremo, *alla (improbabile) denuncia dei Trattati* da parte dell'Italia; niente, perché nel frattempo, di singoli regolamenti eventualmente incostituzionali non si potrebbe evitare l'applicazione nel nostro paese".

¹⁸⁰ L. Condorelli, "Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto", in AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, cit., pag. 133: [Dalla pronuncia 183/1973] sembra ricavarsi che la Corte abbia inteso appropriarsi in esclusiva del compito di garantire il rispetto dei principi costituzionali supremi da parte del diritto comunitario. Peraltro, l'eventualità prospettata nella sentenza è quella che le autorità comunitarie facciano una tale complessiva applicazione dei principi del Trattato, da rendere il Trattato stesso, nel suo insieme, in contrasto coi valori cardinali della nostra Costituzione. Si tratta chiaramente di *una ipotesi remotissima, anzi talmente fantastica* (è l'ipotesi del dittatore comunitario) *da assumere trasparentemente una funzione di copertura*. In riferimento ad essa, comunque, la Corte pretende di essere competente ad emettere una decisione politica sostanzialmente equivalente al recesso dello Stato dalle Comunità europee. Insomma, il giudice costituzionale si rifiuta di controllare la conformità a Costituzione delle singole norme comunitarie, ma si arroga (ipoteticamente) un potere spettante alle supreme istanze politiche (Parlamento e Governo) depositarie del c.d. potere estero".

Si ricordi, del resto, che, alla luce del sistema di rigida ripartizione di competenze legislative, le Comunità europee intervengono nella materia costituzionale dei “rapporti economici” e, dunque, neanche astrattamente potranno dare vita a norme che interferiscano in materia di “rapporti civili, etico-sociali, politici”. Inoltre, già a partire dagli anni Settanta la Corte di Giustizia delle *ex* Comunità europee aveva iniziato a riconoscere taluni diritti fondamentali come parte integrante del diritto comunitario tramite la creazione della categoria dei cosiddetti “principi generali del diritto comunitario”, così attenuando le preoccupazioni in merito alla prevalenza del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali.

In definitiva, un ipotetico contrasto della legislazione comunitaria con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale appariva agli occhi della stessa Corte costituzionale uno scenario “aberrante” nonché “di difficile configurabilità, anche in astratto”, avendo in ogni caso la Corte di Giustizia già fondato la propria dottrina dei diritti fondamentali¹⁸¹. Tuttavia, già sul finire degli anni Ottanta, la costruzione giuridica della Corte costituzionale dei controlimiti inizia, quasi impercettibilmente, a subire un mutamento.

In primo luogo, in maniera piuttosto disinvolta viene effettuata una precisazione sull’oggetto del sindacato avente delle conseguenze profonde sull’impianto e funzione della stessa dottrina. Tale oggetto continua ad essere individuato nella legge statale di esecuzione del Trattato: tuttavia, la Corte non deve necessariamente giudicare la legge di esecuzione nella sua interezza, ma può dar luogo ad un esame parziale della stessa e, più precisamente, della *parte in cui* recepisce nell’ordinamento interno la norma comunitaria sospettata di contrapporsi ai “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”¹⁸².

Conseguentemente, il giudizio sui controlimiti non sembra più diretto a mettere in discussione la partecipazione dell’Italia all’organizzazione europea, bensì a inibire

¹⁸¹ Si noti come, nella sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989 cd. ‘FRAGD’, la difesa dell’Avvocatura erariale si fonda proprio su tale dottrina (parte in fatto: “Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia i diritti fondamentali e i diritti inalienabili della persona umana costituiscono patrimonio irrinunciabile anche dell’ordinamento comunitario ed è, pertanto, ad avviso della Avvocatura, assai arduo ipotizzare che proprio la Corte interpreti il Trattato in modo da attentare a tali diritti”).

¹⁸² Sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989 cd. ‘FRAGD’.

eventuali interpretazioni-prodotto della Corte di Giustizia che dovessero collidere con i “principi supremi” dell’ordinamento¹⁸³.

L’abbandono della precedente configurazione *retorica* dei controlimiti è affermato espressamente dalla Corte stessa che, pur continuando a ritenere l’ipotesi di un contrasto del diritto comunitario con i principi fondamentali “sommamente improbabile”, mostra di ritenerla anche “pur sempre possibile” (anche) in considerazione del fatto che potrebbe non sussistere una completa coincidenza tra ciò che costituisce principio supremo dell’ordinamento costituzionale e ciò che costituisce principio generale del diritto comunitario¹⁸⁴. Del resto, dopo l’iniziale (ozioso) dibattito sullo *standard* di tutela garantito dall’ordinamento comunitario, era ormai assodata l’idea che lo *standard* (o, più correntemente, livello) di protezione dei diritti adottato dalla Corte di Giustizia fosse “la forma di tutela più conforme allo spirito del trattato e alle esigenze di una Comunità in via di edificazione”¹⁸⁵.

¹⁸³ Formalmente, l’oggetto della pronuncia della Corte è una disposizione interna di rango legislativo (conformemente a quanto richiesto dall’art. 134 Costituzione), tuttavia, sostanzialmente, il giudizio ha ad oggetto una norma, una interpretazione-prodotto di un’autorità esterna’. Sul punto, vedi: O. Chessa, “Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso *Taricco*”, in *Forum Quaderni Costituzionali*, pag. 13: “Non sarebbe la fonte del diritto comunitario derivato – il regolamento o la direttiva – a essere viziata da incostituzionalità, visto che essa *non conosce*, per così dire, la Costituzione, appartenendo a un altro ordinamento: può considerarsi viziata e invalida solo se contrasta col Trattato, sicché nessun ‘peccato di incostituzionalità’, né originario né derivato, macchierebbe la virtù della norma di produzione. Lo stesso deve dirsi della regola sulla produzione contenuta nell’art. 249 TCE (ora art. 288 TFUE): neanche questa può essere dichiarata incostituzionale, visto che anch’essa appartiene a un ordinamento diverso e separato da quello che è disciplinato dalla nostra Costituzione. Per la dottrina dei controlimiti, infatti, è solo la legge interna di esecuzione che può essere sindacata sotto il profilo della sua conformità costituzionale e dichiarata incostituzionale: e precisamente quando ordina ciò che non può essere ordinato, cioè quando ordina l’esecuzione di un Trattato da cui deriverebbero ‘limitazioni di sovranità’ non consentite dalla Costituzione o limitazioni di diritti inviolabili o altri principi costituzionali (anziché ‘limitazioni di sovranità’ in senso proprio)”.

¹⁸⁴ In proposito, si ricordi lo studio di: M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 1995. Lucidamente anche, M. Luciani, “La Costituzione italiana e gli ostacoli all’integrazione europea” in *Politica del diritto* 4/1992, pagg. 557 e ss. (pag. 573: “Il riconoscimento dei diritti fondamentali a livello comunitario non è sufficiente perché si possa ritenere che le esigenze costituzionali di una loro protezione siano automaticamente soddisfatte. [...] Proprio in quanto strutture di valore, i diritti fondamentali sono aperti ad una pluralità di letture possibili e, vivendo - come tutti i valori- nella storia, sono destinati a colorarsi di significati diversi a seconda degli ordinamenti in cui vengono riconosciuti. Un diritto etichettato con lo stesso *nomen* a livello comunitario e a livello costituzionale non è dunque, necessariamente, proprio lo ‘stesso’ diritto”).

¹⁸⁵ Così, G. F. Mancini, “La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989.

La dottrina dei controlimiti, da enunciazione retorica, diviene l'affermazione di una "riserva di sindacato accentrato" sul diritto comunitario e, particolarmente, su quello di derivazione giurisprudenziale¹⁸⁶.

L'attribuzione del potere di sindacare fonti o norme di altri ordinamenti - a regola, dunque, indisponibili - non è che il segno, l'ennesimo, della crisi della tradizione concettuale di riferimento, chiamata a misurarsi con la giurisprudenza costituente della Corte di Giustizia. La giurisprudenza costituzionale in tema di controlimiti è non solo scarna, ma anche volutamente ambigua: l'unica certezza che ne emerge è la rivendicazione in capo alla sola Corte costituzionale della competenza in questione, un potere di *ultima parola* sull'integrità della identità *assiologica* dell'ordinamento¹⁸⁷.

In ogni caso, è bene evidenziare che qualunque sindacato della Corte costituzionale sul rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale presuppone un fatto ben preciso: la collaborazione del giudice comune, che, ravvisando una incompatibilità tra la norma comunitaria e una norma costituzionale (reputata) fondamentale e intangibile, rimetta la questione al giudice costituzionale, senza procedere direttamente all'applicazione della norma comunitaria, alla stregua della dottrina della preminenza. Evidentemente, un giudice comune maggiormente *sensibile* o *fedele* all'ordinamento comunitario, tenderà a non ravvisare contrasti tra norme comunitarie e principi supremi dell'ordinamento; laddove un giudice maggiormente *sensibile* o *fedele* all'ordinamento costituzionale tenderà a sollecitare l'intervento della Corte Costituzionale e l'eventuale attivazione del giudizio sui controlimiti.

¹⁸⁶ F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano Giuffrè, 1995, pag. 150.

¹⁸⁷ M. Luciani M., "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale", in *Rivista AIC*, n. 2/2016. Tuttavia, la competenza esclusiva è stata, almeno in un caso, 'usurpata' dal giudice comune: è il caso della pronuncia della V sezione del Consiglio di Stato n. 4207 del 2005. Su tale pronuncia: A. Adinolfi, "Rapporti fra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte costituzionale: un orientamento (... 'sperimentale') del Consiglio di Stato" in *Rivista di diritto internazionale* 89/2006, pagg. 139 e ss.; G. Itzcovich, "I diritti fondamentali come libertà dello Stato. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso *Federfarma*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2008, pagg. 267 e ss.; S. Gambino, "La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente', in *Politica del diritto* 3/2006, pagg. 411 e ss.

4. Il dialogo sui diritti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia dell'Unione europea

4.1. La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali come strumento di integrazione

Dagli anni Sessanta, mai è stata smentita o messa in dubbio l'affermazione dell'ordinamento giuridico “di nuovo genere”, della preminenza e dell'effetto diretto delle norme comunitarie e, ancora oggi, la Corte di Giustizia fa riferimento, nella propria attività di interpretazione del diritto dell'Unione europea, a tale giurisprudenza costituente. Le “caratteristiche specifiche” del diritto comunitario sono rimaste ferme, nonostante l'assenza di una loro codificazione nei Trattati istitutivi¹⁸⁸ e, anzi, si sono ampliate fino a ricomprendere la stessa giurisdizione della Corte di Giustizia e il meccanismo del rinvio preliminare, “pietra angolare” del sistema dell'Unione¹⁸⁹.

D'altra parte, è indubbio che l'adozione del Trattato di Lisbona rappresenti una “nuova tappa” nel “processo di creazione di un'unione sempre più stretta” tra gli Stati, un passo avanti ulteriore nella storia dell'integrazione europea, avente ora come obiettivo prioritario la creazione di uno “spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”, in funzione della libera circolazione delle persone¹⁹⁰. Nuovi e ambiziosi obiettivi alla luce dei quali condurre l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, come in passato il perseguimento dell'obiettivo della creazione del mercato unico aveva guidato la Corte

¹⁸⁸ La costruzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia non è stata recepita nel testo del Trattato di Lisbona, diversamente da quello che era, invece, stato stabilito nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004. Le dottrine giurisprudenziali trovano esclusivamente menzione nella dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona. Tale dichiarazione ricorda che “per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza”. Segue in allegato il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato (documento 11197/07 JUR 260): “dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa c. ENEL, 15 luglio 1964, C-6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di Giustizia”.

¹⁸⁹ Così testualmente il parere 2/13 della Corte di Giustizia su cui *infra*, Capitolo IV.

¹⁹⁰ Art. 2 TUE. Sulla storia dell'obiettivo, per la prima volta enunciato nelle Conclusioni del Consiglio di Tampere nel 1999, vedi: G. Amato, E. Paciotti, *Verso l'Europa dei diritti: lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2005; N. Walker (ed), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, New York, Oxford University Press 2004; E. Herlin-Karnell, *The constitutional structure of Europe's area of freedom, security and justice and the right to justification*, Oxford, Hart, 2019.

di Giustizia.

La Corte di Giustizia, infatti, a distanza di quasi cinquant'anni, riprende ed approfondisce nuovamente il processo di costituzionalizzazione dei Trattati, sulla base di alcuni presupposti giuridici formali e, anche, condizioni tecnico-istituzionali presenti nel Trattato di Lisbona.

Sotto quest'ultimo punto di vista le innovazioni che vengono in rilievo possono essere sintetizzate nell'ampliamento e delle competenze dell'Unione e della giurisdizione della Corte di Giustizia.

In primo luogo, con il Trattato di Lisbona scompare formalmente la cosiddetta struttura per pilastri¹⁹¹ e il Legislatore europeo si vede attribuire nuove e numerose competenze, in materie "cruciali per l'autodeterminazione democratica degli Stati membri"¹⁹², quali immigrazione e politica economica, ambiente, protezione dei consumatori, cooperazione in materia giudiziaria e di polizia. Le affermazioni del 1973 della Corte costituzionale italiana, alla cui stregua "appare difficile configurare anche in astratto" che un atto normativo comunitario "possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici", sono ormai poco rispondenti alla trasformazione della Comunità in Unione.

In secondo luogo, il Trattato di Lisbona ha notevolmente esteso la giurisdizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea: scompaiono i limiti inizialmente apposti alla competenza pregiudiziale nel settore dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, nel settore di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e in materia di visti, asilo ed immigrazione. Vengono, infatti, espunte dal corpo del diritto primario tutte quelle disposizioni che, in precedenza, prevedevano restrizioni alla competenza della Corte di giustizia, come quelle che subordinavano la competenza del giudice europeo a pronunciarsi in via pregiudiziale all'accettazione di ciascuno Stato membro ovvero quelle che delimitavano la platea dei giudici nazionali che potevano validamente utilizzare il meccanismo di rinvio preliminare.

¹⁹¹ Nozione introdotta dal Trattato di Maastricht, formalmente e integralmente abolita con il Trattato di Lisbona, con l'eccezione del settore della "politica estera e di sicurezza comune" (cosiddetta PESC), che resta assoggettato a regole e procedure *ad hoc*.

¹⁹² M. Dani, "Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2019, pagg. 715 e ss.

Quanto ai presupposti formali della nuova fase della giurisprudenza *costituente* della Corte di Giustizia, è necessario soffermarsi sull'avvenuta giuridificazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea stabilisce, infatti, che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 adattata il 12 dicembre a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"¹⁹³.

Dal punto di vista formale, la Carta è un allegato ai Trattati istitutivi dell'Unione; essa è dotata dello "stesso valore giuridico dei Trattati" e non estende, ai sensi del principio di attribuzione, "in alcun modo" le competenze dell'organizzazione. Si compone di un Preambolo e di cinquantaquattro articoli ripartiti in sette titoli, ciascuno dei quali è intitolato ad un concetto etico-politico (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia), con l'eccezione dell'ultimo titolo che contiene disposizioni generali sull'interpretazione ed applicazione del documento¹⁹⁴. La CDFUE contiene un

¹⁹³ Per quanto riguarda la stesura di un catalogo *scritto* di diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea, il 4 giugno 1999, nell'ambito del Consiglio Europeo di Colonia, viene incaricato un organo estraneo al quadro istituzionale dell'UE, una *Convention* presieduta da Roman Herzog, di stendere un progetto di Carta dei diritti fondamentali entro il dicembre del 2000. Il mandato viene celermente compiuto, e nell'ottobre 2000 viene consegnato il progetto di Carta all'allora Presidente del Consiglio Europeo Jaques Chirac. Durante il Consiglio Europeo di Biarritz (14 ottobre 2000) il progetto viene informalmente approvato; tuttavia, la 'consacrazione' della Carta avviene durante i lavori del Consiglio Europeo di Nizza (7 dicembre 2000). In tale sede, le istituzioni europee 'proclamano solennemente' la Carta, ritenendola il *Bill of Rights* dell'Unione. Tuttavia, da un punto di vista formale, la Carta era priva di efficacia giuridica ed esterna all'insieme formato dai Trattati e dal diritto derivato: nella Dichiarazione sul futuro dell'Unione (la Dichiarazione n. 23, allegata al Trattato di Nizza), veniva rinviata ad una futura Conferenza intergovernativa da svolgersi nel 2004 la discussione e soluzione, tra le altre questioni, della determinazione dello status giuridico della Carta di Nizza. Tali questioni furono approfondite nella Dichiarazione sul futuro dell'Unione Europea, adottata nell'ambito del Consiglio europeo di Leaken del 15 dicembre 2000, la quale convocò altresì la cosiddetta "Seconda Convenzione" o "Convenzione Giscard", dal nome del Presidente incaricato, avente il compito di esaminare le questioni essenziali comportate dal futuro sviluppo dell'Unione e di ricercare le diverse soluzioni possibili ad esse. All'interno della Convenzione Giscard, il "Gruppo Carta" presieduto da António Vitorino, si occupò, in sintesi, del futuro dell'Unione nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, studiando infatti le questioni sottese sia alla sorte giuridica della Carta di Nizza sia quelle sottese ad un'eventuale adesione dell'Unione alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La sintesi dei lavori dei vari Gruppi costituirà il Progetto di un Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, su cui andrà a lavorare la Conferenza Intergovernativa del 2004, la quale predisporrà il testo definitivo del Trattato costituzionale, poi firmato a Roma dai Capi di Stato o di Governo degli Stati Membri il 29 ottobre 2004, le cui vicende, come noto, ebbero un esito non particolarmente felice. L'impasse fu superata a Lisbona con la firma del Trattato omonimo ad opera di tutti e ventisette i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri il 13 dicembre 2007.

¹⁹⁴ P. Sandro, "Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 1, 2009.

catalogo di diritti e libertà considerato ampio e moderno: diritti già compresi nel catalogo internazionale della CEDU, diritti economici e diritti sociali, nonché diritti “di terza generazione”¹⁹⁵.

Il nuovo articolo 6 TUE ha chiarito la natura giuridica del documento, evitandone l’incorporazione nel corpo dei Trattati - soluzione adottata nel fallimentare progetto di Trattato-Costituzione di Roma -, essendo ben nota l’intenzione dei *conditores* di Lisbona di dare luogo a una decostituzionalizzazione dell’Unione europea e dei relativi trattativi istitutivi.

Vero è che, già prima di Lisbona, molti attori giurisdizionali, sia nazionali sia internazionali, aveva proceduto ad un utilizzo variegato della cosiddetta Carta di Nizza, tanto da far parlare di un suo “sdoganamento giurisprudenziale”¹⁹⁶. In ogni caso, l’attribuzione di valore giuridico primario alla Carta dei diritti fondamentali rileva, in questa sede, dal punto di vista formale: si tratta di un sostanziale ampliamento del *bloc de constitutionnalité* su cui la Corte di Giustizia può pronunciarsi, emancipando la *species* dei diritti fondamentali dal *genus* dei principi generali non scritti, ora iscritti in un catalogo ampio, scritto e conoscibile¹⁹⁷.

La maggiore visibilità dei diritti - tramite la giuridificazione della Carta di Nizza -, l’estensione della giurisdizione della Corte e l’espansione delle competenze dell’Unione: questi i fattori che hanno portato ad un aumento dei rinvii pregiudiziali interpretativi in relazione alle disposizioni della Carta e che, conseguentemente, hanno reso possibile per la Corte di Giustizia cimentarsi sempre più spesso con la materia dei

¹⁹⁵ La ricostruzione del contenuto della Carta di Nizza proposta da Fausto Pocar si incentra su di una tripartizione: (i) diritti già regolati dalle norme dei Trattati; (ii) diritti già previsti nella CEDU; (iii) diritti nuovi, non previsti né nella Convenzione né nei Trattati. Vedi: F. Pocar, “Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, in F. Pocar, *Commentario breve al Trattato CE*, Milano, Giuffrè editore, 2002, pag. 1178 e ss.

¹⁹⁶ O. Pollicino, V. Sciarabba, “La Carta di Nizza oggi, tra 'sdoganamento giurisprudenziale' e Trattato di Lisbona” in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2008, pagg. 101 e ss. Giudici comuni, Avvocati generali della Corte di Giustizia, supreme giurisdizioni comuni e financo costituzionali, il Tribunale di prima istanza dell’Unione europea, nonché la stessa Corte EDU, si rifacevano al documento con modalità che a volte andavano oltre i riferimenti ad uno strumento di *soft law*.

¹⁹⁷ C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bologna, il Mulino, 2002.

diritti fondamentali¹⁹⁸.

Ciò ha permesso alla Corte di Giustizia di dare vita ad alcune pronunce che, affrontano in ottica comunitaria due specifiche questioni giuridiche: il campo applicativo dei diritti fondamentali comunitari e il rapporto tra diritto comunitario e diritto statale sotto il delicato profilo dei rapporti tra garanzie dei diritti nell'ordinamento comunitario e garanzie nell'ordinamento costituzionale interno.

Su di un piano generale, vi sono disposizioni della Carta di Nizza che possono venire in rilievo in riferimento a tali questioni: l'art. 51 CDFUE, infatti, dispone che "le disposizioni della carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri *esclusivamente* nell'attuazione del diritto dell'Unione"; mentre l'art. 53, dedicato al "livello di protezione" dispone che "nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione [...] dalle costituzioni degli Stati membri".

Sin da subito, anche in assenza dell'attribuzione di forza giuridica al documento europeo, la dottrina europeistica si è interrogata su tali questioni, raggiungendo esiti divergenti nelle soluzioni prospettate, ma cogliendone la rilevanza sul piano dei futuri sviluppi del processo di integrazione comunitario¹⁹⁹.

Senza disattendere le aspettative della dottrina europeistica, la Corte di Giustizia ha offerto la propria soluzione alle questioni sopra ricordate in due pronunce complementari significativamente rese nella medesima data: si allude alle pronunce della Grande Sezione del 26 febbraio 2013 *Åkerberg Fransson e Melloni*, quest'ultima costituente il primo rinvio pregiudiziale (d'interpretazione e di validità del diritto

¹⁹⁸ G. de Burca, "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator" in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, no. 2, 2013, pagg. 168 e ss.

¹⁹⁹ P. Eeckhout, "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question" in *Common Market Law Review*, vol. 39, issue 5, 2002, pagg. 945 e ss. in cui: "[The present contribution] employs the notion of 'federal question' so as to highlight the importance of the issues at stake. As Weiler puts it, the constitutional discipline which Europe demands of its constitutional actors (the EU itself, the Member States and the European citizens) is in most respects indistinguishable from that which you would find in an advanced federal State. However, that constitutional discipline does not yet extend to general respect for a federal bill of rights. It may in fact be preferable to avoid further references to federalism, in light of the contentious and over-subscribed nature of the concept. There can be little doubt that Europe should continue its *Sonderweg*. But that does not remove the underlying question of the relationship between the Charter and the Member States".

comunitario) effettuato dal *Tribunal Constitucional de España*²⁰⁰.

Il problema preliminare consiste nella individuazione della latitudine dell'obbligo, in capo agli Stati membri, di rispettare i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento comunitario e, conseguentemente, la latitudine della competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi, tramite lo strumento del rinvio preliminare, sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁰¹.

La Corte di Giustizia afferma (tautologicamente) che gli Stati sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali comunitari “in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse” e che costituiscono “attuazione del diritto dell'Unione” tutte quelle normative nazionali che “si collocano nell'ambito del diritto dell'Unione” e che “rientrano nell'ambito di applicazione di tale diritto”, mentre non possono esistere “casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti trovino applicazione”²⁰².

In una frase: “l'applicabilità del diritto dell'Unione *implica* l'applicabilità dei diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento comunitario” e, quindi, la Carta di Nizza è come “l'ombra” del diritto dell'Unione²⁰³.

Come che sia, tale nozione estensiva - peraltro differente da quella avocata dall'Avvocato Generale²⁰⁴ -, di “attuazione del diritto dell'Unione”, idonea a fondare

²⁰⁰ Sentenza della Grande sezione del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10 EU:C:2013:105; sentenza della Grande sezione 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

²⁰¹ La questione è affrontata ai par. 16 e ss. della sentenza *Åkerberg Fransson*, cit. sotto il profilo della giurisdizione della Corte di Giustizia. Prima dell'intervento della Grande Sezione vi erano pronunce difformi: sentenza della Corte (Terza Sezione) dell'8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida*, causa C-40/11, EU:C:2012:691 e sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11 EU:C:2011:734.

²⁰² La tautologia è ancora più evidente nella versione inglese della sentenza *Åkerberg Fransson*, cit. par. 19: “In this respect the Court has already observed that it has no power to examine the compatibility with the Charter of national legislation *lying outside the scope of European Union law*. On the other hand, if such legislation *falls within the scope of European Union law*, the Court, when requested to give a preliminary ruling, must provide all the guidance as to interpretation needed in order for the national court to determine whether that legislation is compatible with the fundamental rights the observance of which the Court ensures”.

²⁰³ K. Lenaerts and J. A. Gutiérrez-Fons, “The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner and A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford Portland, Hart, 2014.

²⁰⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, presentate il 12 giugno 2012, nella causa C-617/10 *Åkerberg Fransson*, in cui, par. 22-65 in cui viene fornito un preciso e rigoroso impianto che consenta di individuare i casi di “attuazione del diritto dell'Unione” da parte degli Stati membri.

l'applicabilità della Carta e la giurisdizione della Corte, è presentata come in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul campo applicativo dei principi fondamentali, come conforme alle Spiegazioni allegate alla Carta e allo stesso Trattato sull'Unione europea. Si tratta, inoltre, di una nozione oggettiva, non potendo pregiudicare il campo di applicabilità della Carta la circostanza che la legislazione (o, comunque, la normativa) interna non sia stata adottata al precipuo fine di dare esecuzione a un frammento di normativa comunitaria: conta la *funzione* non l'*intenzione*²⁰⁵.

Una volta affermato in principio il campo di applicazione della Carta dei diritti, occorre precisare i rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e le Costituzioni nazionali e, dunque, interpretare l'art. 53 della CDFUE. A tale proposito, occorre evidenziare che la stessa è una clausola, detta "di salvaguardia", piuttosto comune nell'ambito del diritto internazionale: tra i molti antecedenti affini, può farsi l'esempio dell'omologo articolo 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che manifesta la vocazione dello strumento convenzionale a costituire un 'livello minimo' di protezione dei diritti il cui rispetto si impone agli Stati aderenti²⁰⁶.

L'interpretazione della disposizione della Carta di Nizza, viceversa, è emancipata da tale tradizione internazionalistica, rappresentando una conferma della *de-internazionalizzazione* del diritto comunitario anche in relazione al tema dei diritti fondamentali. In particolare, la Corte traccia una distinzione tra i casi (che possiamo chiamare) "di stretta attuazione" del diritto dell'Unione - vale a dire, "quando l'operato degli Stati membri è del tutto determinato dal diritto comunitario" - e i casi (che possiamo chiamare) "di attuazione in senso ampio" del diritto dell'Unione - vale a dire, "quando l'operato degli Stati membri non è *del tutto* determinato dal diritto comunitario" -. È appena il caso di evidenziare che la demarcazione tra situazioni che sono "*del tutto* determinate" dal diritto comunitario e, viceversa, situazioni che non lo

²⁰⁵ D. Sarmiento, "Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe", in *Common Market Law Review* Issue 5, vol. 50, issue 5, 2013, pag. 1279 "Therefore it is not the *intention* of the State, but the *function* of the State act regarding the implementation of EU law which matters".

²⁰⁶ Art. 53. Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti: Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi".

sono è una distinzione labile e giuridicamente poco stringente, in ultima analisi essenzialmente rimessa alla individuazione della (sola) Corte di Giustizia²⁰⁷.

Nelle situazioni di “stretta attuazione” del diritto dell’Unione, le autorità nazionali sono tenute ad applicare le norme sui diritti fondamentali dell’ordinamento comunitario *così come* interpretate dalla Corte di Giustizia (“lo standard comunitario”) o, comunque, sono tenute ad applicare le norme comunitarie giudicate conformi alle garanzie offerte dall’ordinamento comunitario, preminenti e prevalenti sul diritto costituzionale interno²⁰⁸. Nelle situazioni di “attuazione in senso ampio” del diritto dell’Unione, è consentito alle autorità nazionali applicare le norme sui diritti fondamentali del proprio ordinamento costituzionale (“gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali”), sempre che non compromettano le norme sui diritti fondamentali dell’ordinamento comunitario (“il livello di tutela previsto dalla Carta come interpretata dalla Corte”)

²⁰⁷ Da confrontarsi con la dottrina della protezione equivalente elaborata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Bosphorus*, su cui vedi *amplius* Capitolo IV.

²⁰⁸ Nella nota vicenda *Taricco*, ad esempio, dopo aver ritenuto le norme del codice penale italiano sulla interruzione della prescrizione inidonee a soddisfare l’obbligo di “lottare contro le frodi che attentino agli interessi finanziari UE con sanzioni *penali dissuasive* ed *effettive* e che siano *equivalenti* a quelle adottate per tutelare i propri interessi finanziari” (art. 325 TFUE), la Corte di Giustizia prescrive al giudice di “garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione”, disapplicando siffatto diritto interno “senza attendere la rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. Il giudice nazionale che disapplichi le disposizioni nazionali per dare pieno sfogo alla preminenza del diritto dell’Unione, deve “*in ogni caso*” assicurarsi che siano rispettati i diritti delle persone imputate e indagate dei reati fiscali. Sotto tale profilo, tuttavia, l’apprezzamento del giudice nazionale è guidato dalla Corte di Giustizia: essa, infatti, si interroga espressamente sulla compatibilità della disapplicazione della norma sull’interruzione della prescrizione con i diritti degli imputati e, altrettanto espressamente, nega che tale disapplicazione giudiziale contrasti con la disposizione della Carta dei diritti dell’Unione - l’art. 49 CDFUE -. Nell’ordinamento dell’Unione, il principio di legalità copre la definizione del reato (*nullum crimen sine praevia lege*) e la definizione della sanzione penale (*nulla poena sine praevia lege*); l’obbligazione di disapplicare la norma interna, discendente dalla *prevalenza* del diritto dell’Unione, avrebbe soltanto l’effetto di non abbreviare il termine di prescrizione nell’ambito di un procedimento penale già pendente, portando, eventualmente, alla condanna per un fatto previsto come reato dal diritto interno al tempo della commissione e con una pena anch’essa pienamente legale. Il principio di legalità nell’ordinamento dell’Unione non copre, dunque, l’istituto della prescrizione: non così, nell’ordinamento italiano (ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale italiana). È appena il caso di notare che, nella pronuncia *Taricco*, la Corte di Giustizia non sembra preoccuparsi di distinguere se la disciplina sulla prescrizione del reato costituisca ‘stretta attuazione’ del diritto comunitario o meno.

ovvero la “preminenza, l’unità e l’effettività” del diritto dell’Unione²⁰⁹.

L’idea avanzata dal *Tribunal Constitucional* spagnolo circa la possibilità di ricorrere all’art. 53(2) e dare applicazione dello standard di tutela “più intensa” o “più elevata” nel singolo caso concreto è espressamente riusata dal giudice europeo: una siffatta interpretazione, infatti, pregiudica la dottrina della preminenza del diritto dell’Unione, poiché mina le basi dell’autonomia del diritto dell’Unione, consentendo che uno Stato membro possa sottrarsi all’applicazione di tale diritto invocando norme costituzionali interne foriere di una tutela (asseritamente) “più elevata”.

Né possono essere accettabili dottrine costituzionali volte a delimitare o circoscrivere l’ampiezza dell’obbligo di disapplicare norme interne per contrasto con le garanzie dei diritti fondamentali comunitari, in quanto suscettibili di ostacolare l’effettività del diritto dell’Unione e la sua uniforme applicazione negli Stati²¹⁰.

Queste due pronunce - indipendentemente dagli sviluppi successivi²¹¹ - possono essere iscritte nel solco della giurisprudenza *costituente* degli anni Sessanta della Corte di Giustizia, di cui sembrano costituire una ideale prosecuzione: vi ritroviamo, infatti, decisioni su questioni normalmente percepite come di tradizionale spettanza interna, una interpretazione estensiva e teleologica (ben oltre l’intenzione degli Stati membri),

²⁰⁹ K. Lenaerts, K. Gutman, "The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes across the Atlantic" in *American Journal of Comparative Law*, vol. 64, n. 4, 2016, pagg. 841 e ss. (pag. 860: “Arguably, Article 53 represents an expression of ‘constitutional pluralism’ in the sense that the Court defers to the member states the question of determining the level of protection of fundamental rights consistent with their national constitution, provided that the Union’s essential interests are not adversely affected, as recently confirmed in Melloni”).

²¹⁰ Sentenza *Åkerberg Fransson*, cit. par. 45-49 in cui, tra l’altro: “It follows that European Union law precludes a judicial practice which makes the obligation for a national court to disapply any provision contrary to a fundamental right guaranteed by the Charter conditional upon that infringement being clear from the text of the Charter or the case-law relating to it, since it withholds from the national court the power to assess fully, with, as the case may be, the cooperation of the Court of Justice, whether that provision is compatible with the Charter”).

²¹¹ Si tratta, infatti, di una affermazione di principio, cui fa seguito una produzione giurisprudenziale casistica (alluvionale e abbastanza incoerente) della Corte di Giustizia che precisa quando si versi nel campo applicativo del diritto dell’Unione. Ad esempio: sentenza della Corte di Giustizia del 10 luglio 2014, *Victor Manuel Julian Hernández e a. contro Reino de España*, Causa C-198/13, EU:C:2014:2055 (par. 36: “Secondo costante giurisprudenza della Corte, per stabilire se una misura nazionale rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa”);

argomentazioni circolari, la tendenza alla *de-internazionalizzazione* dell'articolo 53 della Carta di Nizza.

Come che sia, le dottrine in questione consentono di affermare la competenza giurisdizionale²¹² della Corte di Giustizia in materia di diritti, contribuendo alla uniforme applicazione, in tutti gli Stati membri, del corpo normativo unitario del diritto dell'Unione europea, rimuovendo eventuali ostacoli interni sulla via dell'integrazione giuridica.

A tale proposito è forse significativo mettere in luce come la dottrina dei diritti fondamentali (quali principi generali del diritto comunitario) viene inizialmente elaborata al fine di sopperire all'assenza di limiti giuridici all'azione della Comunità, in modo da consentire la 'metabolizzazione' della dottrina della preminenza del diritto comunitario²¹³. La giurisprudenza costituente della Corte di Giustizia sul campo di applicazione della Carta (e sulla preminenza rispetto al diritto costituzionale statale), invece, rende più evidente come, nel nuovo contesto, i diritti fondamentali *cambino direzione*, essendo primariamente rivolti verso gli Stati membri. Da condizione di legittimità del potere politico e giuridico delle istituzioni comunitarie, i diritti costituiscono ora strumento di (ulteriore) integrazione giuridica tra gli Stati membri: questi sono tenuti a rispettare l'interpretazione, la costruzione, il bilanciamento dei diritti fondamentali *così come* decisi dal giudice europeo, ogni volta che si ricada nell'(ampio) campo applicativo del diritto dell'Unione.

4.2. Concorrenza di Carte, concorrenza di Corti

Similmente a quanto visto in riferimento alle affermazioni delle "caratteristiche specifiche" del diritto comunitario, anche la dottrina della prevalenza dei diritti non si impone per forza propria, richiedendo, invero, la collaborazione delle autorità giudiziarie nazionali. Certamente, rispetto agli anni Sessanta, la Corte di Giustizia si muove in un contesto giuridico e culturale affatto diverso, in cui le *ragioni* dell'Unione

²¹² Da non confondere con una competenza di tipo normativo, invece da ritenersi insussistente alla luce dell'art. 6 TUE.

²¹³ J. Coppel, A. O'Neill, "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" in *Common Market Law Review*, 4/1992, pag. 673: "

sono ormai ampiamente penetrate nell'ordinamento interno e costituiscono materiale familiare a giuristi pratici e teorici.

I giudici degli Stati membri hanno ormai metabolizzato la propria identità di giudici dell'Unione europea e, dunque, non incontrano difficoltà di ordine teorico o pratico “nell'applicare i principi e i diritti fondamentali che fanno parte dell'assetto costituzionale dell'Unione”, basato “sull'idea di una ‘comunità di diritti (*Grundrechtsgemeinschaft*)’: anzi, “spetta al giudice nazionale, che deve confrontarsi con il sistema *integrato* delle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali nonché con la legislazione dell'Unione, *assicurare la costante tutela dei diritti fondamentali*”²¹⁴. Uno dei precipitati pratici derivanti dall'incorporazione nel diritto primario della Carta di Nizza - forse quello più evidente - è, infatti, l'aver incentivato la creazione di un sistema alternativo di garanzia dei diritti nelle mani dei giudici comuni e della Corte di Giustizia, esacerbando la tendenza (peraltro già da tempo emersa) alla fuga dal sistema di tutela dei diritti costituzionale²¹⁵. A fronte di tale sviluppo, tuttavia, negli Stati membri dotati di un sistema di giustizia costituzionale accentrato si è iniziato ad avvertire la necessità di arginare la progressiva esautorazione delle Corti

²¹⁴ Pronuncia n. 54467 del 2016 della VI sezione penale della Corte di Cassazione in tema di *ne bis in idem*.

²¹⁵ G. Itzcovich, “The European Court of Justice” in A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (eds), *Comparative constitutional reasoning*, cit., (“in fact, once that the national courts have in principle accepted the doctrines of the direct effect and supremacy of Community law, the ECJ is de facto empowered to assess, by means of the preliminary ruling proceedings, not only the validity of Community law, but also the conformity to Community law of Member States’ legislation and practices. True enough, in preliminary ruling proceedings the ECJ is not competent to assess the validity of national legislation. However, by interpreting EU law the ECJ can indirectly but unequivocally rule on Member States’ compliance. The national courts have accepted that EU law can be directly applicable and in principle enjoys supremacy. Therefore, as a consequence of the ECJ’s decision national law can be rendered inapplicable in the case at hand and, indirectly, erga omnes”); A. Torres Perez, *Conflicts of Rights in the European Union*, cit., pag. 53: “the CJEU progressively empowered ordinary courts to review domestic legislation *in light of the EU law*. Yet, arguably, constitutional courts retained the monopoly for the review of the *validity* of domestic legislation *in light of the constitution*. In that regard, the ordinary courts’ power to set aside legislation clashing with EU law eroded centralized system of judicial review, but it did not immediately impinge upon the role of constitutional courts as guardians of the constitution and as the ultimate interpreters of fundamental rights. Nevertheless, the incorporation of fundamental rights into the EU legal order through the CJEU case law, coupled with the *Simmenthal* doctrine, had profound consequences on the core function of constitutional courts regarding fundamental rights”.

costituzionali²¹⁶, ad ipotizzare soluzioni in sede dottrina (a volte ad opera degli stessi giudici costituzionali²¹⁷), poi fatte proprie dagli stessi organi di giustizia costituzionale oppure riprese da interventi legislativi²¹⁸.

Per quanto riguarda l'esperienza italiana, la sollecitazione proveniente dalla Corte di Giustizia - l'ennesima accelerazione del processo di integrazione giuridica tramite giurisprudenza *costituente* - ha, indubbiamente, contribuito ad ingenerare quello che è sembrato un ulteriore avanzamento nel cammino comunitario della Corte costituzionale, non certo esente da incongruenze o difficoltà.

A tale proposito, è possibile isolare un recente gruppo di pronunce della Corte costituzionale italiana che ha convogliato su di sé l'attenzione unanime della dottrina

²¹⁶ A. Cardone, "Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea" in *Osservatorio sulle fonti* 1/2020 (pagg. 25 e 26: "Sembra, dunque, di poter concordare con quella parte della dottrina secondo cui tra le cause di questo orientamento vi sarebbero proprio 'il declino della incidentalità' e la 'progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali' (G. Sciacca), cagionati dal ricorso talvolta forzato all'interpretazione conforme, dall'applicazione diretta di norme europee prive di effetto diretto, dalla 'sempre più accentuata propensione del giudice nazionale a dialogare' con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale, dalla 'crescente penetrazione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali e dalla costante espansione dei poteri della Corte europea anche al di là dei confini strettamente risultanti dai Trattati'...").

²¹⁷ Si pensi ad Augusto Barbera che, in un noto scritto *extra-giudiziario* del 2017, dopo aver evidenziato l'effetto di "traboccamento" ("un vero e proprio *spill-over*") della Carta di Nizza ben oltre il suo ordinario campo applicativo, ne evidenzia il potenziale di "emarginazione" o "delegittimazione" delle Costituzioni nazionali, proponendo e suggerendo soluzioni giuridiche di cui sono poi state rinvenute tracce nella successiva giurisprudenza costituzionale. A fronte dell'utilizzazione della Carta dei diritti dell'Unione per disapplicare norme interne legislative in casi ricadenti "fuori dal campo applicativo" del diritto dell'Unione, a situazioni "meramente interne", Barbera auspica un aggiornamento dei "criteri su cui si reggono sia la sentenza *Simmenthal* sia, per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, la sentenza *Granital*". Si veda: A. Barbera, "La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia", in *Rivista AIC* 4/2017. Diffuso in dottrina è anche il richiamo a: V. Onida "Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario", in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pagg. 47 e ss.

²¹⁸ Per un raffronto della giurisprudenza italiana con esperienze delle altre giurisdizioni europee, vedi: G. Martinico and G. Repetto, "Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath" in *European Constitutional Law Review*, vol. 15, 2019, pagg. 731 e ss.

In generale, particolare attenzione è stata rivolta alla 'reazione' della Corte costituzionale federale tedesca (sentenza del 24 Aprile 2013, BvR 1215/07, Counter-Terrorism Database) alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sui diritti: vedi, ad esempio, D. Thym, "Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice" in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, issue 3, 2013, pagg. 391 e ss.

costituzionalistica ed europeistica²¹⁹. Nella diversità di prospettive e di giudizi, un punto che accomuna i commenti è l'accento posto sul carattere radicalmente innovativo del discorso del giudice costituzionale: si è parlato, infatti, di “scardinamento di un sistema consolidato di relazioni”²²⁰, di “significativa rivoluzione giurisprudenziale”²²¹ di una “deviazione” dalla dottrina *Granital*²²², di una “rottura dell'armonia e della quiete in modo non poco sofferto raggiunte”²²³ nei rapporti tra giudici, di “nuove frontiere”²²⁴.

Tali pronunce rivestono un sicuro interesse sia per ‘che cosa dicono’ - la denunciata rivoluzione della Corte costituzionale in materia di doppia pregiudizialità, l'utilizzazione del rinvio preliminare alla Corte di Giustizia a fini interpretativi, la rinnovazione della dottrina dei controlimiti - sia per ‘come lo dicono’ - l'avvicinarsi della dogmatica dei rapporti tra ordinamenti e dell'espressa e decisa evocazione del paradigma del *dialogo tra corti* -.

Questo allontanamento dalla costruzione giuridica della Corte costituzionale degli ordinamenti “autonomi e separati, coordinati e comunicanti” non è, in ogni caso, espressamente affermato, ma implicitamente presupposto nella messa a punto e definizione dei molti cambiamenti d'impostazione rinvenibili nel gruppo di pronunce: cambiamenti, del resto, ampiamente preparati dal confronto serrato con l'attività di una dottrina particolarmente interessata al processo di integrazione europea e, soprattutto, dalla presenza di giudici costituzionali dalla chiara sensibilità e vocazione

²¹⁹ Le pronunce sono l'ordinanza n. 207 del 2013 e, soprattutto, l'ordinanza n. 24 del 2017. La più compita enunciazione del nuovo corso giurisprudenziale è contenuta nella pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017 (estensore M. Cartabia), confermata successivamente dalle sentenze della Corte costituzionale n. 20 (estensore N. Zanon), 63, 112 (estensore F. Viganò) del 2019; ordinanza n. 117 del 2019 (estensore F. Viganò).

²²⁰ Così si esprime M. D'Oriano, “La Corte di Cassazione nel dialogo con la Corte di GiustiziaUE: un ruolo in continua evoluzione”, nella Rassegna della giurisprudenza di legittimità (sez. civili) del 2019 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

²²¹ G. Repetto, “Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali”, in *Rivista AIC*, 4/2019 pag. 1.

²²² C. Amalfitano, “Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017”, in *Osservatorio sulle fonti* 2/2019, pag. 5.

²²³ A. Ruggeri, “Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?”, in *Consulta online* 1/2018, pag. 1.

²²⁴ G. Sciacca, “L'inversione della ‘doppia pregiudiziale’ nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, pag. 1

europaistica²²⁵.

In ogni caso, la significativa innovazione²²⁶ da cui occorre prendere le mosse per ricostruire il discorso giurisprudenziale della Corte costituzionale ha ad oggetto l'aspetto processuale delle condizioni di ammissibilità delle questioni di costituzionalità.

Si è visto come nel modello di relazioni degli ordinamenti "autonomi e separati, coordinati e comunicanti", la disapplicazione (o non-applicazione) della norma interna a favore di una norma comunitaria (preminente e ad effetto diretto) incide sull'operatività in giudizio della prima: pertanto, la soluzione di una simile questione di compatibilità comunitaria ha carattere di "priorità logica e giuridica" rispetto alla soluzione di una questione di costituzionalità²²⁷.

Dal punto di vista processuale, ciò si traduce nella necessità che siano preventivamente scrutinate e risolte dal giudice comune le questioni attenti alla conformità del diritto interno con il diritto comunitario (ad effetto diretto o direttamente applicabile), in congiunzione con la Corte di Giustizia, a pena di inammissibilità della questione di costituzionalità eventualmente proposta. Del resto, ciò è coerente con il preciso assetto dei rapporti tra giudici interni e giudice comunitario, ricostruito nei termini di una ripartizione del lavoro incentrata sulla nozione di diritto comunitario ad effetti diretti.

In riferimento a tale assetto, tuttavia "si impone" una mera "precisazione", a causa delle "trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione e il sistema di rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona"²²⁸. Trasformazioni che sono essenzialmente identificate nell'attribuzione di "effetti

²²⁵ Limitandosi a componenti attualmente ancora in carica o recentemente cessati dalla carica, basta fare il nome di Marta Cartabia (2011), di Augusto Barbera (2015), di Nicolò Zanon (2014), e del penalista Francesco Viganò (2018).

²²⁶ Presentata come formalmente in linea con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle evenienze di questioni "prioritarie" di costituzionalità: sentenza della Grande sezione del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, C-188 e 189/10, EU:C:2010:363.

²²⁷ Invero abbastanza consolidato, data l'ordinanza n. 48 del 2017 in cui: "come ripetutamente affermato da questa Corte (ex plurimis, sentenza n. 75 del 2012; ordinanze n. 298 del 2011, n. 241 del 2010 e n. 100 del 2009) [...] la questione di compatibilità comunitaria (oggi con il diritto dell'Unione europea) costituisce un *prius logico e giuridico* rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale e, pertanto, la rilevanza di cotesta questione".

²²⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2.

giuridici vincolanti” alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, parte integrante del diritto primario dell’Unione e, più in generale nell’esistenza di diritto europeo, anche derivato, avente natura *materialmente* costituzionale: non solo alla Carta di Nizza deve essere riconosciuto “contenuto di impronta tipicamente costituzionale”²²⁹, ma vi sono anche frammenti ulteriori di diritto derivato che “partecipano della medesima natura” della Carta dei diritti fondamentali²³⁰.

In ogni caso, da tale situazione deriva che i principi e diritti enunciati nella Carta “intersechino in larga misura” i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione, sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona “infranga, *ad un tempo*, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”²³¹ ovvero che una stessa legge sia oggetto di dubbi “sia sotto il profilo della sua *conformità* alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE”; ancora, che una certa disciplina legislativa operi “su un terreno nel quale risultano *in connessione* (e, talvolta, anche in visibile tensione) diritti e principi fondamentali, *contemporaneamente* tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo”²³². Tale evenienza riguarda, insomma, quei casi in cui vi siano “norme

²²⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2.; sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2016, considerato in diritto, par. 2.1. G. Sciacca, “L’inversione della ‘doppia pregiudiziale’ nella sentenza della Corte costituzionale n.269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi”, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018, pag. 3 (“La Carta – prosegue la sentenza annotata – presenta ‘contenuto di impronta tipicamente costituzionale’ e, pur priva della forza di una Costituzione in senso formale, sul piano contenutistico-assiologico ha il valore giuridico proprio delle norme costituzionali”).

²³⁰ Sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2016, considerato in diritto, par. 2.1., in cui “i principi previsti dalla direttiva si presentano *in singolare connessione* con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito ‘modello’ per quelle norme, e perciò *partecipano all’evidenza della loro stessa natura*, come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali”.

²³¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2.

²³² Sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2016, considerato in diritto, par. 2.1. Si veda: M. Cartabia, “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” in *Rivista AIC* 3/2017, pag. 12: “Solo impropriamente, dunque, si può continuare a parlare di sistema multilivello dei diritti fondamentali, secondo la fortunata espressione di Ingolf Pernice: l’immagine a cerchi concentrici, o a strati sovrapposti, che essa evoca in realtà offre una visione stilizzata e ipersemplificata di relazioni che sono in realtà assai più articolate e complesse fra i tre ordini di garanzie. La Corte costituzionale italiana – come ogni altra corte costituzionale nazionale – si trova spesso al crocevia di tutti e tre questi sistemi ed è chiamata ad essere contemporaneamente custode della costituzione nazionale, garante dell’osservanza del diritto dell’Unione, guardiana del rispetto della Convenzione europea”.

corrispondenti della Carta [di Nizza] che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti” della Costituzione²³³.

In tutte queste ipotesi di controversie che possono dare luogo a questioni di legittimità costituzionale e simultaneamente a questioni di compatibilità con la Carta dei diritti dell’Unione²³⁴ - viene a cadere la sanzione dell’inammissibilità della questione così proposta, in quanto “va preservata l’opportunità” di un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, essendo il sindacato accentrato di costituzionalità “fondamento dell’architettura costituzionale”²³⁵.

Scompaiono, dunque, i riferimenti ai rapporti tra ordinamenti giuridici, alla elaborata costruzione giuridica incentrata sull’art. 11 Costituzione; non un riparto di competenze normative coordinato tra gli ordinamenti e la *ritrazione* dell’ordinamento incompetente, ma, all’opposto, una concorrenza e coesistenza di fonti, una evidente ‘vischiosità’ degli ordinamenti²³⁶.

Quando adita dai giudici *a quo* (anche) in riferimento a disposizioni comunitarie aventi

²³³ Sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2019 considerato in diritto, par. 4.3. Si veda: A. Anzon Demming, “La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei ‘controlimiti’”, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018, pag. 5 (“Sotto il profilo sostanziale, positivo mi pare il fatto, già più sopra accennato, che in tal modo la Corte abbia colto l’occasione per enunciare una cornice di regole utili a chiarire al giudice comune i modi di soluzione della problematica posta dall’*intrico delle normative sui diritti della persona derivanti da fonti diverse che gravano nello spazio europeo...*”).

²³⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2.

²³⁵ Ampiamente annotato e discusso il passaggio dall’espressione della sentenza 269 del 2017 in cui le evenienze di doppia pregiudizialità “*postulano la necessità* di un intervento” della Corte costituzionale (e in cui si afferma altresì che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta [...] in ambito di rilevanza comunitaria, *debba essere sollevata* la questione di legittimità costituzionale”) alla “correzione” di cui alla sentenza n. 20 del 2019, riportata nel testo (“va preservata l’opportunità”).

²³⁶ Si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018, conclusiva della cosiddetta “saga” *Taricco*, su cui vedi *infra* (annotata da P. Faraguna, “Roma locuta, Taricco finita”, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018). In tale pronuncia, dopo aver ricordato come il principio di stretta legalità imponga che le scelte sulla punibilità siano effettuate in “testi di legge conoscibili” e costituiscano “diritto scritto di produzione legislativa” (principio della riserva di legge) e che tali scelte siano formulate in termini precisi e compiuti dall’autorità normativa di riferimento (principio di determinatezza), la Corte afferma che la *disposizione* comunitaria (l’art. 325 del TFUE) contrasta con il principio di determinatezza, perché non permette, in sé considerato, che l’individuo si rappresenti la scelta punitiva. È interessante notare che la Corte costituzionale giudica una *disposizione* del Trattato, ritenendola una base legislativa inadeguata poiché da tale disposizione non è possibile ricavare “autonomamente” una scelta di punibilità. Implicitamente, dunque, le disposizioni del Trattato vengono ritenute idonee a soddisfare la “riserva di legge scritta” in materia penale (principio della riserva di legge).

natura *materialmente* costituzionale²³⁷, la Corte costituzionale si ripromette di giudicare alla luce “innanzitutto” dei parametri costituzionali interni ed “eventualmente di quelli europei”, assunti quali norme interposte nel giudizio di costituzionalità, “secondo l’ordine di volta in volta appropriato”²³⁸.

In ogni caso, quando chiamata a decidere le questioni che presentano tale duplice rilevanza, l’affermazione di tale ordine di trattazione si scolora nell’esame spesso congiunto di parametri costituzionali ed europei, nella lettura della Costituzione alla luce del diritto della Carta²³⁹, nella lettura della Carta alla stregua della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fino ad arrivare ad una declaratoria di incostituzionalità per violazione congiunta dei parametri²⁴⁰.

²³⁷ A. Ruggeri, “Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)” in *Rivista Diritti Comparati* 3/2017, pag. 235: “La Corte sposta qui decisamente il tiro: non rileva più – fa capire – il carattere delle norme, vale a dire il loro essere o non essere autoapplicative. Il criterio strutturale, che guarda appunto al modo di essere degli enunciati, al loro vario prestarsi per le esigenze della pratica giuridica, viene risolutamente messo da canto per far posto ad un criterio *assiologico-sostanziale*, che attiene alla capacità delle norme d’incarnare i valori fondamentali dell’ordinamento, di darvi voce ed assicurarne l’inveramento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – nell’esperienza. Non importa, dunque, ora stabilire se una norma della Carta dell’Unione sia, o no, autoapplicativa; importa solo che essa possa – come può – racchiudere ed esprimere l’essenza di una Costituzione di tradizioni liberali, facendo luogo – in linea con l’aureo insegnamento racchiuso nell’art. 16 della Dichiarazione del 1789 – al riconoscimento dei diritti fondamentali e ponendo, perciò, le basi perché ad essi sia data effettiva e, per quanto possibile, appagante tutela”; C. Amalfitano, “Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’ ‘obiter dictum’ della sentenza n. 269/2017”, *cit.*, pag. 15: “ad un meccanismo consolidato di rapporti, dunque, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale (previa eventuale rimessione alla Corte di giustizia) sulla base di un criterio ‘funzionale’ legato alla natura (assenza di efficacia diretta) della norma dell’Unione che si considera violata (e salvo, naturalmente, l’intervento della Consulta in caso di controlimite), si affianca un meccanismo ‘assiologico, valoriale’ che ritiene opportuna la previa rimessione al giudice delle leggi ogniquale volta sia in discussione la violazione di un diritto fondamentale e a prescindere dall’efficacia diretta della norma dell’Unione rilevante”.

²³⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2.

²³⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019, par. 3, in cui, relativamente allo scrutinio di ragionevolezza sulle scelte legislative in esame incentrata sul “test di proporzionalità”, si evidenzia come “nella specifica materia in oggetto, del resto, anche la giurisprudenza europea segue le medesime coordinate interpretative”, cui segue un’ampia rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁴⁰ Sentenza della Corte costituzionale n. 112 del 2019, considerato in diritto par. 9: “Da quanto precede consegue l’illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del ‘prodotto’ dell’illecito amministrativo e dei ‘beni utilizzati’ per commetterlo, in ragione del suo contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 1 Protocollo addizionale CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE”.

A tale *apertura* nei confronti della dimensione comunitaria dei diritti fondamentali e alla conseguente integrazione dei cataloghi corrisponde una ulteriore *apertura* nei confronti del giudice di riferimento.

La Corte costituzionale italiana, infatti, precisa di svolgere la propria funzione di *giurisdizione delle libertà*²⁴¹ “in un quadro di *costruttiva e leale cooperazione* fra i diversi sistemi di garanzia dei diritti”, valorizzando “il *dialogo* con la Corte di Giustizia”, che si svolge secondo il *principio ordinatore* della “massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico”²⁴².

Gli strumenti con cui si svolge la partecipazione costruttiva e cooperativa all’interpretazione dei diritti fondamentali sono quelli propri e tipici della giustizia costituzionale, come la decisione della questione di costituzionalità alla luce dei parametri integrati - e la conseguente rimozione *erga omnes* della disposizione illegittima -, con cui si “contribuisce”, per parte propria, a rendere effettiva la possibilità che i diritti fondamentali comunitari siano interpretati “in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”²⁴³.

Soprattutto, però, ogni qual volta sia necessario ovvero opportuno, potrà essere

²⁴¹ Con *giurisdizione delle libertà* si intende fare riferimento al modo di vedere secondo il quale le Corti costituzionali, stante il nesso tra costituzioni nazionali e tutela dei diritti, costituirebbero una sorta di ‘giudice naturale’ sui diritti e le libertà fondamentali, anche in assenza di un ricorso diretto del cittadino all’organo costituzionale. Chiaramente, l’espressione è ricavata da: M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco*, Milano, Giuffrè, 1955. Vedi anche: A. Pizzorusso, “Giustizia costituzionale (dir. comp.)” in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè 2007.

²⁴² Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto, par. 5.2. A tale proposito, vedi *infra* capitolo III, par. 4.1. (“Integrazione” delle tutele e “massima espansione sistemica delle garanzie”) e par. 5 (“Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo”).

²⁴³ Sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019, par. 2.1.; sentenza della corte costituzionale n. 269 del 2017, par. 5.2 (al fine di “assicurare” che la Corte di Giustizia interpreti i diritti fondamentali “in armonia” con le tradizioni costituzionali, alla luce del rilevante dettato normativo”). A. di Martino, “Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: profili comparativi” in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 3/2019, pagg. 759 e ss. (pag. 780: “Occorre poi menzionare il diritto alla ‘prima parola’ rivendicato dalle corti costituzionali [...]. Anche tale argomento va compreso nella prospettiva del pluralismo tra ordinamenti, poiché le corti costituzionali hanno bisogno di una ‘provvista di casi originali’ sia per far conoscere la propria visione su una certa questione sia soprattutto per influenzare fin dall’inizio il circuito interpretativo. È una prospettiva che rimette in gioco e dinamizza le tradizioni costituzionali comuni nel complessivo edificio europeo, contribuendo a offrire coordinate ermeneutiche alla Corte di Giustizia e funzionalizzando a tale fine il sindacato accentrato di costituzionalità”).

chiamata pronunciarsi la stessa Corte di Giustizia, tramite un rinvio preliminare d'interpretazione.

Del resto, da tempo la Corte costituzionale ha rimeditato il proprio rigoroso orientamento circa la fruibilità del rinvio pregiudiziale d'interpretazione - come anche altre Corti costituzionali nazionali tradizionalmente ritenute restie ad utilizzare il meccanismo²⁴⁴ -: dapprima, nei soli giudizi promossi in via principale, atteso che “pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, [questa Corte] costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza”²⁴⁵. Successivamente, e senza particolari motivazioni, anche nei giudizi attivati in via incidentale²⁴⁶.

Ciò che è interessante notare è che il rinvio pregiudiziale d'interpretazione su disposizioni della Carta di Nizza è anche il luogo prescelto dalla Corte costituzionale per evidenziare il rischio e l'eventualità di contrasto delle norme comunitarie con quei principi supremi che formano l'identità *assiologica* della Costituzione; il luogo in cui avanzare argomenti a favore di una determinata interpretazione capace di prevenire tale conflitto o per indicare il proprio giudizio circa l'esito preferibile nella ponderazione di

²⁴⁴ La Corte costituzionale spagnola (*Tribunal Constitucional*) ha effettuato un rinvio alla Corte di Giustizia nell'ambito di un *recurso de amparo* nel 2011, riguardante l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo (il celebre caso *Melloni*); il *Conseil constitutionnel* francese nel 2013 (*décision* n. 314 del 4 aprile 2013) e la Corte costituzionale Federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) con la storica decisione del 14 gennaio 2014.

²⁴⁵ Ordinanza della Corte costituzionale n. 103 del 2008. La Corte costituzionale era stata chiamata a giudicare *principaliter* della legittimità costituzionale di una legge regionale sarda per contrasto con l'art. 117 Costituzione, integrato da varie norme comunitarie interposte. Nell'esame di tale questione, emergono alcuni dubbi interpretativi sul rilevante diritto comunitario e la Corte decide, per la prima volta, di effettuare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di Giustizia. In merito alla sussistenza delle condizioni per la rimessione della questione pregiudiziale comunitaria, viene enfatizzato il fatto che nei giudizi di legittimità costituzionale attivati in via principale - a differenza di quelli promossi in via incidentale- la Corte è *l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia* e che conseguentemente, se in tali giudizi costituzionali, non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale, “risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario”. Su tale pronuncia, vedi: S. Bartole, “Pregiudiziale comunitaria ed ‘integrazione’ di ordinamenti”, in *Le Regioni* Fascicolo 4-5, agosto-ottobre 2008, pagg. 897 e ss..

²⁴⁶ Ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2013, avente oggetto il giudizio di costituzionalità di alcune disposizioni nei confronti di diritto comunitario privo di “effetto diretto” e rispetto al quale l'interpretazione richiesta alla Corte di Giustizia “appare necessaria a definire l'esatto significato della normativa comunitaria al fine del successivo giudizio di legittimità che questa Corte dovrà compiere rispetto al parametro costituzionale integrato dalla suddetta normativa comunitaria”.

diritti o principi confliggenti.

In questo scenario, dunque, esce innovata anche la dottrina dei controlimiti, la cui perdurante rilevanza era stata messa in dubbio.

Era stato icasticamente affermato come tale dottrina trovasse “ragionevoli giustificazioni” negli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso, “quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali” mentre “sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia [...] e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”²⁴⁷.

Si tratta, invero, di una affermazione certamente condivisibile in riferimento all’istituto dei controlimiti quale affermazione meramente retorica, una forma di garanzia nei confronti dell’ipotesi fantastica del *dittatore comunitario* che, sconfinando dalle proprie attribuzioni in materia di rapporti economici, metta a repentaglio i diritti e le libertà civili e politici dei cittadini degli Stati membri²⁴⁸.

Viceversa, con il passaggio dagli “ordinamenti separati e autonomi, coordinati e comunicanti” alla “intersecazione” di carte di diritti, al “concorso” di rimedi giurisdizionali e, quindi, al sovrapporsi di interpretazioni finali, il contrasto tra diritto dell’Unione europea e uno o più principi fondamentali dell’ordine costituzionale, è invece evenienza quasi fisiologica e connaturante *lo spazio europeo*²⁴⁹.

Eppure, in quelle (“pur sempre possibili”) evenienze in cui il diritto dell’Unione si discosti dall’osservanza dei “principi supremi dell’ordine costituzionale italiano” non

²⁴⁷ Sezione tributaria della Corte di Cassazione n. 23418 del 19 Novembre 2010, n. 26286 del 29 Dicembre 2010, nn. 7659, 7660, 7661, 7663 del 16 Maggio 2012, n. 8108 del 23 Maggio 2012, nn. 8817 e 8818 del 1 Giugno 2012.

²⁴⁸ Criticamente su queste tendenze: G. Scaccia, “‘Rottamare’ la teoria dei controlimiti?” in *Quaderni Costituzionali* 1/2013, pag. 141: “Proprio in considerazione della complessità teorica e del formidabile rilievo politico istituzionale del tema, non possono che destare meraviglia le enunciazioni della Corte di cassazione, che, pur essendo estranee alla ratio decidendi, vengono costantemente reiterate senza il supporto di ulteriori puntelli argomentativi, quasi che costituissero, in sede dottrinale o giurisprudenziale, verità comunemente accettate e non, al contrario, l’estrapolazione acritica di uno spunto dottrinario ben più problematico nello sviluppo argomentativo e nelle conclusioni”.

²⁴⁹ G. Martinico, “Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?” in *Diritto Pubblico Comunitario ed europeo*, 3/2018, pagg. 781 e ss.; G. Martinico, “Constitutional conflicts and agonistic pluralism: what can we learn from political theory?” in G. Davies, M. Aybelj (eds), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, EE Publishing, Cheltenham 2018, pagg. 78 e ss.

deve *necessariamente* seguire la dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato nella “sola parte in cui essa consente che quell’ipotesi normativa si realizzi”.

Tale esito non avrebbe, infatti, ragion d’essere, qualora giungessero dei ‘ripensamenti’ dalla Corte di Giustizia, come una (re)interpretazione della disposizione comunitaria rilevante, tale da non contrastare con i principi fondamentali che - si afferma - connotano assiologicamente l’ordinamento costituzionale interno²⁵⁰. Del resto, il “principio di leale collaborazione”, che governa i rapporti tra le “parti unite nella diversità” di un “ordinamento caratterizzato dal *pluralismo*” come quello europeo, sottintende rispetto reciproco tra gli Stati membri e l’Unione stessa²⁵¹. Rispetto inesistente nelle due ipotesi estreme in cui, da un lato, le “ragioni dell’unità” pretendessero di prevaricare, fino a cancellare, l’identità assiologica costituzionale dello Stato (le “ragioni della diversità”), dall’altro, qualora la difesa delle singole peculiarità statali trascinasse dal “nucleo di *valori* su cui lo Stato si regge”, arrivando ad ostacolare “la costruzione del futuro di pace, fondato su *valori* comuni, di cui parla il preambolo

²⁵⁰ M. Nisticò, *op. cit.*, pag. 2: “Chiarito cioè senza mezzi termini - in una logica di *scambio* più che di *dialogo* - il proprio dovere di impedire l’ingresso nell’ordinamento nazionale di regole contrarie al principio di legalità penale (ma il ragionamento deve, e dovrà, ragionevolmente valere anche per gli altri principi supremi), la Corte si arresta e, per così dire, *rispedisce* con ferma diplomazia la questione alla Corte di Lussemburgo perché essa chiarisca, in sostanza, la portata della propria pronuncia nel caso Taricco e, in particolare, la sua incondizionata applicabilità nell’ipotesi di collisione con un principio supremo dell’ordine di uno Stato membro. In estrema sintesi, allora, va affermato che la Corte costituzionale ha scelto sì di mostrare i muscoli, ma anche di non usarli, o almeno di non usarli in modo travolgente; una scelta che si può giustificare solo nella speranza - si presume - di una disponibilità dei giudici di Lussemburgo a comprendere l’opportunità di un conveniente anche se non proprio *comodo*, ripensamento della posizioni incautamente assunte in *Taricco*”; D. Tega, *cit.*, pag. 2: “Il tono di voce con il quale si esprime la Corte italiana fa chiaramente intendere che il rinvio pregiudiziale è uno strumento utilizzato per spiegare alla Corte di giustizia le criticità che la sua precedente decisione nascondeva e per chiederne una rilettura, valorizzando le garanzie approntate dalla Costituzione. Il tono risulta di quando in quando persino minaccioso: l’applicazione della dottrina dei cd. controlimiti aleggia chiaramente su tutta l’ordinanza”.

²⁵¹ Ordinanza n. 24 del 2017 par. 6. Si veda anche: K. Lenaerts, “The European Court of Justice and the Comparative Law Method”, in *European Review of Private Law*, vol. 25, issue 2, 2017, pagg. 297 e ss. (“The concealed message behind that motto [‘United in diversity’] is, in my view, that of finding a dynamic balance between those two competing elements, without one always prevailing over the other as only the two together give real meaning to European integration. Accordingly, unity does not mean that national traditions and culture must be set aside. Nor does diversity preclude the existence of a commonality of Pan-European values. For the European Court of Justice (the ‘ECJ’), this means, in essence, that the law of the EU must be read in a way that accommodates that dynamic balance. The ECJ must provide a uniform interpretation of the laws of the EU, whilst deferring to the common constitutional traditions of the Member States and, as the case may be, allowing room for value diversity”).

della Carta di Nizza”²⁵².

I controlimiti, dunque, dismettono la propria funzione di *limite* all’ingresso nell’ordinamento di norme esterne e si trasformano in uno strumento nelle mani della Corte costituzionale, un *argomento* nell’ambito del ragionamento giuridico espresso nel rinvio pregiudiziale²⁵³: costituiscono le *ragioni* dell’ordinamento interno che la Corte di Giustizia deve prendere in considerazione nel dialogo con la Corte costituzionale e che valgono ad impedire la pronuncia di incostituzionalità²⁵⁴.

5. Alcune considerazioni sul *dialogo* tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell’Unione europea

Dalla ricognizione, sistematizzazione e organizzazione del materiale giurisprudenziale sui rapporti tra ordinamenti e tra corti preso in esame, vi sono alcuni punti essenziali da mettere a fuoco nell’ambito dell’indagine sull’emersione e la sedimentazione dell’idea del dialogo tra giudici in Europa.

In generale, in relazione ai rapporti tra il giudice nazionale e la Corte di Giustizia, sembra possibile evidenziare un duplice atteggiarsi del discorso sul dialogo.

In primo luogo, in termini di *dialogo* viene ricostruito²⁵⁵ quel discorso giurisprudenziale che, a partire dagli anni Sessanta, porta all’apertura dell’ordinamento giuridico italiano alle *ragioni comunitarie*, quali la dottrina della preminenza del diritto comunitario, la

²⁵² Ordinanza n. 24 del 2017 par. 6.

²⁵³ M. Dani, “Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un’introduzione” in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 3/2019, pag. 730: “ la dottrina dei controlimiti pare assicurare alle corti costituzionali la possibilità di rientrare in scena per rimarcare l’esigenza di garantire principi costituzionali nazionali a torto o a ragione ritenuti indefettibili. Il caso *Taricco* può assurgere qui ad esempio da manuale delle potenzialità insite e largamente inesprese nel sistema vigente”.

²⁵⁴ Vedi già: G. Itzcovich, “I diritti fondamentali come ‘libertà dello Stato’. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso *Federfarma*”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2008, pagg. 267 e ss.

²⁵⁵ In relazione al processo di integrazione europeo non è ovviamente estranea l’invocazione e la prescrizione del dialogo come modalità che deve guidare - o, comunque, è opportuno che guidi - le relazioni tra giudici interni e comunitari.

sua diretta applicabilità da parte delle autorità nazionali, il ruolo della Corte di Giustizia, la dottrina dei diritti fondamentali come principi generali del diritto.

Si tratta di un dialogo tra giudici che emerge non solo (e non tanto) in relazione all'utilizzazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale²⁵⁶, ma anche (e soprattutto) in relazione alla sistematizzazione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno tramite l'attività sinergica del giudice costituzionale e del giudice europeo²⁵⁷.

È evidente che questo reciproco confrontarsi dialettico, lungi dal rappresentare un fatto compiuto o essersi esaurito nell'approdo alla formula degli "ordinamenti autonomi e

J.H.H. Weiler, A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart, Oxford, 1998 ("The title of this Preface—*The European Courts of Justice*—may seem to contain a typological error. After all there is, surely, only one European Court of Justice? The premise and defining approach of the entire volume is that the construction of the Community legal order is a tale in which national Courts - as well as other national and transnational actors - have played as important a role as the European Court of Justice itself; that constitutionalization is above all a 'conversation' with a uniquely interesting grammar and syntax; that this conversation has taken place over time at differing levels of intensity and outcome; that this on-going conversation occurs in a context broader than a narrow discourse of legal rules and, finally, that this relational and process-oriented perspective has both doctrinal and extra-doctrinal manifestations". Si veda anche: G. Itzcovich, "Dialogo tra giudici e cultura giuridica", *cit.*, in cui: "Potrei sbagliare, ma credo che parte della fortuna del concetto di dialogo nella prassi giudiziale dipenda dalla pubblicazione, nel 1998, di un libro importante curato da Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet e Joseph Weiler: *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*. In quel volume, attraverso una serie di *country reports* e alcuni saggi di sintesi teorica, era esposta la tesi, ormai generalmente accolta, per cui lo sviluppo e la graduale accettazione da parte dei giudici nazionali delle dottrine dell'effetto diretto e della prevalenza del diritto comunitario sviluppate dalla Corte di giustizia è stata il prodotto di un dialogo tra i giudici nazionali e la Corte medesima: una serie di confronti, posizionamenti reciproci, mediazioni, resistenze e conciliazioni. La tesi era già stata in qualche modo formulata dai curatori del volume in scritti precedenti, ma è dopo la pubblicazione di questo volume che il concetto di dialogo tra giudici assume una visibilità senza precedenti".

²⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Dutheillet de Lamothe del 22 settembre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-6/71, EU:C:1971:91 (par. b): "[il] 'dialogo tra giudici' [che] costituisce uno dei fondamenti, una delle originalità ed uno dei punti salienti del sistema introdotto dall'art. 177 del trattato"). Si veda anche: G. Itzcovich, "The European Court of Justice" in A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (eds), *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, in cui: "Thanks to this kind of proceedings [*i.e.* rinvio pregiudiziale interpretativo], the ECJ has been able to develop a constructive and mutual relationship (a 'dialogue', as it has become customary to say) with the national courts, which means that the European and the national courts have collaborated in shaping the content of Community law 'in action' without establishing a formal hierarchical relationship between themselves; the ECJ has initiated a process of 'constitutionalisation' of the European Treaties making it acceptable to the national courts"). In senso conforme: L. Antonioli, "Corte di giustizia - Diritto comunitario" in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Milano, Giuffrè, 2007, pagg. 419 e ss. ("rinvio pregiudiziale: dialogo fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali).

²⁵⁷ Vedi, del resto, i primi riferimenti ad un simile "dialogo" tra giudici di ultima istanza o, comunque, costituzionali e la Corte di Giustizia delle Comunità europee, rinvenibili già alla fine degli anni Settanta (paragrafo. 2.2.).

separati, coordinati e comunicanti”, si approfondisce in coincidenza dell’intensificarsi di un processo di integrazione in continuo divenire, attualmente (e temporaneamente) assestato nella formula degli ordinamenti “autonomi, ma comunicanti e *integrati*”²⁵⁸.

Del resto, è stato evidenziato come tale idea ben possa essere impiegata per leggere i recenti sviluppi del processo di integrazione, come il nuovo corso della giurisprudenza comunitaria *costituente* sulla prevalenza del diritto comunitario anche su quella parte del diritto costituzionale che, (reputato) assiologicamente connotato, si vuole intangibile (pronunce *Melloni* e *Åkerberg Fransson*), a cui la Corte costituzione *risponde* - e, in un certo qual senso, *resiste* - affermando la propria competenza a sindacare disposizioni legislative che contrastino (anche) con i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione²⁵⁹.

Tali considerazioni confermano e avvalorano l’idea di un legame tra dialogo e quel laborioso processo di apertura alle *ragioni comunitarie* dell’ordinamento italiano,

²⁵⁸ Lo ‘scivolamento’ lessicale è rinvenibile nel quaderno del servizio studi della Corte costituzionale “I diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti giuridici nazionali”, predisposto per un incontro quadrilaterale con le Corti costituzionali europee a Siviglia il 27 ottobre 2017. Reperibile sul sito istituzionale della corte: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_306_Diritti_fondamentali_2017.pdf.

Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, pag. 20: “Ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità”.

²⁵⁹ Affermazioni costituzionali cui, in modo tendenzialmente inesauribile, risponde la Corte di Giustizia: sentenza della Corte del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd*, C-322/16, EU:C:2017:985, par. 25 e 26: “Il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale [...] alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all’articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull’obbligo, previsto dall’articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l’interpretazione del diritto dell’Unione. Alla luce dell’insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l’articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione anche nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell’Unione”. In riferimento al diritto francese e alla *question prioritaire de constitutionnalité* si veda: sentenza della Corte (Grande Sezione) del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli* Cause riunite C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363.

coincidente con uno scivolamento concettuale verso l'idea di uno spazio non (più) esclusivo, in cui occorre fare conto attivamente con le *prospettive* altrui²⁶⁰.

Questo conduce alla seconda evenienza del dialogo in relazione ai rapporti tra giudice comunitario e giudice nazionale - per la verità l'unica di cui si trovi menzione espressa nelle sentenze della Corte costituzionale²⁶¹ - la quale si contraddistingue per il suo oggetto "tipicamente costituzionale"²⁶²: si fa riferimento, infatti, ad un dialogo sulla *tutela dei diritti fondamentali*, prototipo di *spazio conteso* tra i due ordinamenti e terreno d'elezione in cui le distinte autorità giudiziarie sono chiamate a misurarsi²⁶³.

In relazione a questo aspetto, da più parti è stato messo in evidenza il passaggio ad un dialogo diretto delle due giurisdizioni, grazie alla revisione della dottrina della doppia pregiudizialità in materia di diritti e, soprattutto, mercé la revisione della dottrina sul rinvio pregiudiziale, meccanismo cui da tempo partecipa anche il giudice costituzionale²⁶⁴.

Più in generale, ciò che vale a connotare questo dialogo - e a cui tutte le dottrine sopra ricordate sono funzionali - è l'attiva partecipazione del giudice costituzionale - il suo "contributo", secondo quanto affermato nelle sentenze precedentemente esaminate - all'attività di interpretazione e di applicazione di quei diritti da garantire

²⁶⁰ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, cit., pag. 196-197: "Dalla sovranità che si auto-limita si passò all'ordinamento giuridico che si apre e dall'apertura dell'ordinamento giuridico si passò al bilanciamento fra principi costituzionali e comunitari; si passò alla ricerca di un dialogo, una negoziazione aperta e sempre rivedibile, un "ragionevole temperamento", su base casistica e topica, fra le ragioni dell'integrazione europea e le ragioni del diritto costituzionale statale".

²⁶¹ Oltre alle pronunce citate nel paragrafo 4.2 "Concorrenza di Carte, concorrenza di Corti", si veda da ultimo: ordinanza della Corte costituzionale italiana n. 182 del 2020, considerato in diritto paragrafi 3.1. e 3.2. ("In un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del 'rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati").

²⁶² M. Nisticò, "Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali", in *costituzionalismo.it* 1/2018, pagg. 253 e ss. (pag. 264: "Il *ripiegamento* della Costituzione sul solo ambito della protezione dei diritti fondamentali, poi, non implica, ma certamente può favorire l'assimilazione alla Costituzione stessa di altri documenti giuridici contenenti dichiarazioni di diritti, che vengono in questo modo ad assumere, in taluni ragionamenti dei giuristi, natura quasi-costituzionale o pseudo-costituzionale").

²⁶³ N. Walker, "Late Sovereignty in the European Union" in N. Walker *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford 2003.

²⁶⁴ *Ex multis*: P. Mengozzi, "A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts", in *Il diritto dell'Unione europea* 3/2015; G. Martinico, "Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo" in *Diritto e Società* 4/2019, pag. 699.

nell'ordinamento europeo. Chiaramente, questo discorso è legato alla progressiva attribuzione del ruolo di giurisdizione delle libertà della percezione che la Corte costituzionale ha del proprio ruolo - al progressivo passaggio da giudice della legge a giurisdizione delle libertà - e della tendenza a valorizzare quella parte della Costituzione fatta di principi e diritti fondamentali.

Il giudice costituzionale, prendendo atto di essere uno dei giudici dello *spazio costituzionale europeo*, rivendica un *diritto di prima parola* su quelle questioni che, pur coinvolgendo il diritto dell'Unione europea, sono attratte nel campo applicativo dei principi costituzionali²⁶⁵, al fine di poter far conoscere la propria prospettiva su una certa questione giuridica, influenzando o tentando di influenzare previamente gli sviluppi del diritto comunitario sul punto.

La Corte costituzionale, poi, interpella e coinvolge la Corte di Giustizia dell'Unione, ogni volta che sia reputato necessario o altrimenti opportuno “chiarire il significato o gli effetti di una disposizione della Carta”: quando vi sia una “connessione inscindibile” tra diritti e principi costituzionali e quelli riconosciuti dalla Carta in un ambito segnato dalla forte incidenza del diritto comunitario²⁶⁶, permettendo, dunque, alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione della Carta quando essa risulti applicabile ai sensi dell'art. 51 CDFUE; quando si dubiti della compatibilità di una disposizione di diritto derivato con una o più norme della Carta, anche in riferimento alla regola di (stretta) interpretazione conforme alla CEDU²⁶⁷; quando si vuole indurre il

²⁶⁵ In un ordinamento “costituzionalizzato” come quello italiano, tale affermazione si risolve nell'attribuzione di una competenza particolarmente ampia. Si veda: R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pag. 362: “La sovra-interpretazione della costituzione è un atteggiamento interpretativo che tende ad escludere che il diritto costituzionale sia lacunoso, e pertanto evita (previene) le lacune costituzionali, o comunque elabora norme inesprese atte a colmarle. [...] Quando la costituzione è sovra-interpretata non residuano spazi vuoti di - ossia ‘liberi’ dal - diritto costituzionale...”; G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, cit., pag. 43-44 (“L'idea che le norme costituzionali siano essenzialmente principi è strettamente associata, dunque, all'idea che la costituzione non sia un universo normativo strettamente e chiaramente delimitato, ma sia piuttosto un ambito dinamico, che si evolve nel tempo [...]. Questo modello determina così la possibilità di fare appello ai principi costituzionali pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile conflitto di interessi, e di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente “vuoti”.

²⁶⁶ Da ultimo, ordinanza della Corte costituzionale n. 182 del 2020 (estensore S. Sciarra).

²⁶⁷ È il caso dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019 (estensore F. Viganò). Il riferimento è all'art. 52(3) CDFUE, sul quale vedi Capitolo IV, paragrafi 4 (“L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: adesione alla CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE”) e 5 (“Autonomia dell'interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali”).

ripensamento di una linea giurisprudenziale non condivisa²⁶⁸, eventualmente evidenziandone i profili di contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale²⁶⁹. Del resto, i controlimiti, ora da assumere nella loro funzione di “strumento di dialogo” da “minacciare sempre, attivare mai”²⁷⁰, continuano ad essere individuati in maniera flessibile tramite giudizi di valore (contingenti) degli interpreti, permettendo di distaccarsi, all'occorrenza, dalle scelte della giurisdizione comunitaria. È con queste modalità, dunque, che la Corte costituzionale trasmette o veicola la propria interpretazione dei diritti nello *spazio costituzionale europeo* poiché, se “l'apertura del disegno costituzionale all'integrazione [...] nel segno dei diritti”, fa sì che non si possa

²⁶⁸ Nell'ordinanza 24 del 2017, la Corte costituzionale, nel prendere atto del fatto che la legalità penale si atteggia diversamente nell'ordinamento dell'Unione e nell'ordinamento costituzionale, afferma che risolvendosi il principio nell'ordinamento interno in un rafforzamento delle garanzie e dei diritti dell'individuo, essa costituisce un “livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza” e deve, perciò, ritenersi, “salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta”. La Corte italiana suggerisce al giudice europeo di cogliere l'occasione che le viene offerta per correggere la giurisprudenza Melloni - evidentemente reputata non condivisibile - su tale clausola: “altrimenti, il processo di integrazione europea, avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione del rispetto dei diritti umani”.

²⁶⁹ È il caso della nota vicenda *Taricco*, considerata dalla dottrina italiana alla stregua di una vera e propria ‘saga dialogica’ dato il susseguirsi di una molteplicità di pronunce giurisdizionali avente oggetto il principio di ‘stretta’ legalità penale. Si veda: G. Piccirilli, “The ‘Taricco Saga’: the Italian Constitutional Court continues its European Journey” in *European Constitutional Law Review*, 2018 pagg. 814 e ss “Between 2015 and 2018, a chain of judicial decisions by the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court drew significant attention in academic and judicial circles. [...] The interest and suspense induced by every new decision along this chain made it seem, in terms of form and rhetoric, more and more like a real ‘saga’ – with plot twists, new protagonists and an uncertain ending that still left room for further evolution. The main passages of the ‘saga’ consisted of (at least) four judicial decisions, two issued by the Court of Justice and two by the Italian Constitutional Court: (1) a first preliminary ruling decision by the Court of Justice, whose application in the Italian legal order triggered (via a twofold question of constitutionality) (2) a preliminary reference by the Corte Costituzionale; (3) the subsequent decision in Luxembourg; and (4) the ‘last’ word of the Italian Court on the aforementioned questions of constitutionality”.

²⁷⁰ R. Bin, “Taricco, una sentenza sbagliata. Come venirne fuori?” in *Diritto penale contemporaneo* 4 luglio 2016. Vedi anche: S. Panunzio (a cura di) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2005, (“controlimiti” come “arma” da minacciare: “In tal modo, la stessa dottrina italiana dei controlimiti - e delle corrispondenti ‘riserve di sovranità’ di altri Paesi - potrebbe acquistare una valenza più effettiva, perché nei ‘giochi di potere’ l'equilibrio tra le parti non si fonda sull'impiego concreto delle armi di cui esse dispongono, ma piuttosto - e tanto più quanto l'arma è ‘potente’ - sul timore che l'arma possa essere impiegata”);

restare “insensibili” alle posizioni delle Corti europee²⁷¹, essa deve accompagnarsi ad una *apertura* uguale e contraria dell’ordinamento comunitario.

Il dialogo assume, dunque, la veste di soluzione al problema attuale dello spazio non esclusivo, in cui si intersecano più carte dei diritti (Costituzione e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione), dal campo applicativo percepito come sovrapponibile, in cui sono chiamati a confrontarsi più interpreti (Corte costituzionale e Corte di Giustizia), in cui si moltiplicano “le occasioni di conflitto costituzionale, da prevenire o altrimenti gestire mediante argomentazione giuridica”²⁷².

²⁷¹ Relazione 21 marzo 2019 del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, pag. 20.

²⁷² G. Itzcovich, “Nobili sogni e incubi. Teorie dell’interpretazione costituzionale e contesto istituzionale”, in *Rivista di filosofia del diritto* 1/2017, pag. 100.

CAPITOLO III - Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione

Nel proseguire la ricostruzione dell'emersione del discorso della giurisprudenza sul dialogo nello spazio costituzionale europeo, occorre ora prendere in considerazione il livello nazionale di tutela dei diritti e il livello internazionale, qui rappresentati, rispettivamente, dall'ordinamento italiano e dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

In relazione a tale oggetto di indagine, è possibile distinguere un evidente momento di cesura, un prima e un dopo nei rapporti tra i due sistemi: si allude alle sentenze cosiddette 'gemelle' nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana con cui essa *apre*, ufficialmente, alla presa in considerazione della CEDU o, più precisamente, della giurisprudenza della Corte Edu. Pertanto, tali sentenze verranno assunte quale ideale linea di cesura della trattazione, che verrà, dunque, ad essere suddivisa in due fasi. In ogni caso, in entrambe le fasi così individuate, verrà analizzato il discorso della giurisprudenza costituzionale con la precisa intenzione di mettere a fuoco l'atteggiamento tenuto dalla Corte costituzionale nei confronti del diritto convenzionale e la declinazione dei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo, facendo opportuno riferimento all'evoluzione del sistema CEDU.

Nell'esaminare la prima fase, culminante nell'adozione delle citate pronunce 'gemelle', verrà evidenziato un atteggiamento ambivalente della comunità giuridica in relazione alla rilevanza giuridica da ascrivere alla Convenzione, una compresenza di atteggiamenti e di tesi distinte e difficilmente conciliabili [§2].

Da una parte - e conformemente alle tesi dogmatiche diffuse e del tutto consolidate sulla netta separazione tra ordinamento statale e ordinamento internazionale - si riscontra la pacifica assunzione circa la veste formale di legge ordinaria che, internamente, la Convenzione, in quanto trattato internazionale, riprende dal proprio ordine di esecuzione. Del resto, diversamente da quanto visto in relazione all'Unione europea, la Corte europea di Strasburgo non ha mai formulato alcuna dottrina circa i rapporti tra la

Convenzione e il diritto interno e, dunque, non vi è alcun impulso o sollecitazione esterna ad abbandonare le tesi dogmatiche sulla separazione tra ordinamenti [§2.1].

Dall'altra parte, però, - conformemente alla progressiva svalutazione del concetto formale di Costituzione e la progressiva diffusione di tesi normative incentrate sui diritti fondamentali - si fa strada l'affermazione circa la natura *materialmente* costituzionale del contenuto della Convenzione.

Tracce della percezione di questa contraddizione tra forma e sostanza del documento sono evidenti nell'atteggiamento della giurisprudenza pratica: i giudici di merito, ostinatamente, promuovono questioni di legittimità costituzionale richiamando tra i parametri, anche norme convenzionali, sulla spinta della dottrina giuridica che si spende nella costruzione di plurimi modelli per sostenere l'avvenuta costituzionalizzazione della CEDU. L'atteggiamento ambivalente nei confronti della Convenzione si riscontra anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: pur ribadendo la veste formale di legge ordinaria propria dell'ordine di esecuzione e attestandosi sulle tesi dogmatiche consolidate, con il trascorrere del tempo questa tende ad esaminare nel merito le censure proposte dai giudici in relazione alla CEDU, a considerare il parametro costituzionale interno *integrato* dai contenuti convenzionali, ad interpretare la Costituzione in aderenza al diritto (giurisprudenziale) convenzionale [§2.2].

Questo percorso di progressiva valorizzazione della Convenzione sfocia - e, in un certo senso, si arresta - nella presa di posizione delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Verrà evidenziato come, in tali pronunce, abbandonando la logica della predominanza della sostanza sulla forma, la Corte costituzionale metta a punto le condizioni e le modalità con cui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo assume rilevanza nell'ordinamento interno, secondo un ragionamento giuridico dall'impianto formale e stringente. In particolare, la Corte costituzionale attribuisce alle norme della Convenzione uno status sovra-legislativo e sub-costituzionale, utilizzando la corroborata dottrina delle norme interposte nel giudizio di costituzionalità della legge [§3].

In ogni caso, attraverso l'aggiornamento della posizione delle norme CEDU nella gerarchia delle fonti, si passa alla seconda fase nei rapporti tra sistemi e tra rispettive istanze giurisdizionali: la Corte costituzionale inizia ad aprirsi alle *ragioni* della Convenzione e all'autorevolezza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui riconosce

espressamente una “funzione interpretativa eminente” delle disposizioni interposte nel giudizio di costituzionalità. Sulla base della dottrina così enunciata dalla Corte costituzionale, il diritto (giurisprudenziale) convenzionale viene filtrato nell’ordinamento italiano nell’ultimo decennio: sempre più spesso i giudici nazionali guardano alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali, si confrontano (anche molto approfonditamente) con essa e, notabilmente, ne tengono conto nei propri processi decisionali [§4].

Nell’esaminare questa seconda fase, verrà esaminato l’atteggiamento dell’interprete costituzionale nei confronti della Convenzione (e, indirettamente, della sua Corte) e ne verranno segnalate eventuali contraddizioni e incongruenze.

In relazione al giudizio di costituzionalità della legge, saranno passate in rassegna le operazioni e il modello di ragionamento con cui la Corte costituzionale, mediante la dottrina della norma interposta, filtra i contenuti derivanti dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, accogliendo o rigettando le questioni di legittimità della legge proposte. In particolare, risulterà evidente come, nonostante la precedente chiara opzione per una collocazione in posizione materialmente subordinata alla Costituzione delle norme convenzionali, la Corte costituzionale equipari sempre più spesso norme convenzionali e norme costituzionali, ponendole su di un piano di parità [§4.1].

Particolare attenzione sarà, infine, dedicata, alla dottrina dell’interpretazione adeguatrice (o conforme) a Convenzione, diretta conseguenza dell’instaurazione di una gerarchia formale tra legge ordinaria e Convenzione. In particolare, dopo aver evidenziato limiti e problemi che derivano, da una parte, dalla affermazione di una gerarchia (meramente) assiologica tra Convenzione e Costituzione, dall’altra, da una tendenza alla trasfigurazione del canone dell’interpretazione conforme in interpretazione autoritativa, si esaminerà nel dettaglio la nota pronuncia n. 49 del 2015 della Corte costituzionale [§4.2].

Al termine della ricostruzione, sulla base delle dottrine elaborate, degli atteggiamenti e delle affermazioni della giurisprudenza considerata, verranno effettuate alcune considerazioni finali [§5].

1. Introducción

Continuando con la reconstrucción del surgimiento del discurso de la jurisprudencia acerca del diálogo en el espacio constitucional europeo, se debe ahora tomar en consideración el nivel nacional de tutela de los derechos y el nivel internacional, aquí representados, respectivamente, por el ordenamiento jurídico italiano y por el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En relación con tal objeto de análisis, es posible distinguir un momento evidente de cesura, un antes y un después en las relaciones entre estos dos sistemas: se alude a las sentencias usualmente llamadas “gemelas” N°348 y 349 del 2007 de la Corte Constitucional italiana con las cuales ésta se *abre*, oficialmente, a la consideración del CEDH o, más precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Por lo tanto, tales sentencias serán asumidas como línea de cesura ideal del presente análisis, que será, entonces, dividido en dos fases. En todo caso, en ambas fases así identificadas, será analizado el discurso de la jurisprudencia constitucional la intención precisa de poner en foco la postura adoptada por la Corte Constitucional con respecto al derecho convencional y a la descripción de las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo oportuna referencia a la evolución del sistema CEDH. Al examinar la primera fase, que culmina con la adopción de los pronunciamientos “gemelos” ya citados, se destacará una postura ambivalente de la comunidad jurídica en relación con la relevancia jurídica que debe adscribirse al Convenio, una coexistencia de posturas y de tesis diferentes y de difícil conciliación [§2].

Por un lado – y de acuerdo con las tesis dogmáticas difundidas y completamente consolidadas sobre la neta separación entre ordenamiento estatal y ordenamiento internacional – se encuentra la asunción pacífica acerca de la forma de ley ordinaria que, internamente, el Convenio, en cuanto tratado internacional, toma del acto de recepción en el derecho interno (en italiano, el “ordine di esecuzione”). Al fin y al cabo, a diferencia de lo que se ha visto en relación con la Unión Europea, el Tribunal de Estrasburgo no ha formulado nunca una doctrina acerca de las relaciones entre el Convenio y el derecho interno y, por lo tanto, no hay ningún impulso o apremio externo para abandonar las tesis dogmáticas acerca de la separación entre ordenamientos [§2.1].

Por otro lado, sin embargo, – de acuerdo con la progresiva pérdida de interés en el concepto formal de Constitución y la progresiva propagación de tesis normativas centradas basadas en los derechos fundamentales – se abre camino la afirmación acerca de la naturaleza *materialmente* constitucional del contenido del Convenio.

Elementos de la percepción de esta contradicción entre forma y sustancia del documento son evidentes en la postura de la jurisprudencia práctica: los jueces de mérito, obstinadamente, promueven cuestiones de legitimidad invocando entre los parámetros, también normas convencionales, acerca del impulso de la doctrina jurídica que se esfuerza en construir múltiples modelos para sostener la constitucionalización de la CEDH. La postura ambivalente en relación con el Convenio se encuentra también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aunque reafirmando la forma de ley ordinaria propia del acto de recepción en el derecho interno y haciendo referencia a las tesis dogmáticas consolidadas, con el transcurrir del tiempo ésta tiende a examinar en el mérito las críticas elevadas por los jueces en relación con el CEDH, a considerar el parámetro constitucional interno como *integrado* por contenidos convencionales, a interpretar la Constitución con base en el derecho (jurisprudencial) convencional [§2.2]. Este camino de valorización progresiva del Convenio desemboca – y, en cierto sentido, se detiene – en la toma de posición de las sentencias N°348 y 349 del 2007. Se pondrá en evidencia cómo, en estos pronunciamientos, abandonando la lógica del predominio de la sustancia sobre la forma, la Corte Constitucional desarrolla las condiciones y las modalidades en las cuales la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es relevante en el ordenamiento interno, según un razonamiento jurídico con estructura formal. En particular, la Corte Constitucional atribuye a las normas del Convenio un estatus supralegislativo e infraconstitucional, utilizando la corroborada doctrina de las normas interpuestas en el juicio de constitucionalidad de la ley [§3].

En todo caso, a través de la actualización de la posición de las normas CEDH en la jerarquía de las fuentes, se pasa a la segunda fase de las relaciones entre los sistemas y entre las respectivas instancias jurisdiccionales: la Corte Constitucional comienza a abrirse a las *razones* del Convenio y a la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual reconoce expresamente una “función interpretativa eminente” de las así llamadas “normas interpuestas” (en italiano, “norme interposte”) en el juicio de

constitucionalidad. Sobre la base de la doctrina así enunciada por la Corte Constitucional, el derecho (jurisprudencial) convencional se cuela en el ordenamiento italiano en la última década: cada vez con mayor frecuencia los jueces nacionales toman en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre los derechos fundamentales, se comparan (incluso muy profundamente) con ésta y, notablemente, la toman en cuenta en los propios procesos decisionales [§4].

Al examinar esta segunda fase, será examinado la postura del intérprete constitucional en relación con el Convenio (e, indirectamente, con su Tribunal) y, a su respecto, serán señaladas eventuales contradicciones e incongruencias.

En relación con el recurso de constitucionalidad de la ley (en italiano, “giudizio di costituzionalità della legge”), se revisarán las operaciones y el modelo de razonamiento con los cuales la Corte Constitucional, mediante la doctrina de la norma interpuesta, filtra los contenidos que derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, acogiendo o rechazando las cuestiones de legitimidad de la ley propuestas. En particular, resultará evidente como, pese a la clara elección precedente por una colocación en posición subordinada materialmente a la Constitución de las normas convencionales, la Corte Constitucional equipara cada vez con mayor frecuencia las normas convencionales a las normas constitucionales, poniéndolas en un plano de igualdad [§4.1].

Finalmente, se dará particular atención a la doctrina de la interpretación “adecuadora” (o conforme) al Convenio, consecuencia directa de la instauración de una jerarquía formal entre ley ordinaria y Convenio. En particular, después de haber puesto en evidencia límites y problemas que derivan, por una parte, de la afirmación de una jerarquía (meramente) axiológica entre Convenio y Constitución, y por otra parte, de una tendencia a la trasfiguración del canon de la interpretación conforme en interpretación autoritativa, se examinará detalladamente la conocida sentencia n. 49 del 2015 de la Corte Constitucional [§4.2].

Al final de la reconstrucción, sobre la base de las doctrinas, de las posturas y de las afirmaciones de la jurisprudencia que han sido consideradas, se efectuarán algunas consideraciones finales [§5].

2. La CEDU nell'ordinamento italiano: dottrina e giurisprudenza dagli anni Sessanta al nuovo millennio

2.1. Diritto internazionale pattizio...

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è un trattato multilaterale adottato nel 1950 a Roma nell'ambito del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale a carattere regionale e governativo, avente sede a Strasburgo²⁷³. Il trattato, che nasce per “assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale”²⁷⁴, prevede un elenco di diritti e di libertà civili (artt. 2-18), che gli Stati aderenti si obbligano a garantire “a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione” (art. 1) e, significativamente, crea delle istituzioni, quali la Commissione (poi abolita) e la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamate a vigilare sul “rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione” (art. 19).

Orbene, nell'ordinamento italiano è stata data piena ed intera esecuzione a tale trattato internazionale - firmato e ratificato previa autorizzazione parlamentare²⁷⁵ - con la legge ordinaria n. 848 del 1955 “Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia

²⁷³ Sul Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, *ex multis*: A.H. Robertson, *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, Londra, Stevens, 1956; G. Raimondi, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008; A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino 2004; B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 2002; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2001.

²⁷⁴ Al termine del secondo conflitto mondiale, andarono proliferando molti e diversi movimenti e organizzazioni mossi da uno stesso ideale (l'unità europea *occidentale*), guidati da personalità politiche di spicco del tempo e rappresentativi della società civile. Lo sbocco istituzionale di questa pluralità di istanze fu la costituzione del Comitato internazionale di coordinamento dei movimenti per l'unità, promotore del “Congresso dell'Europa”, svoltosi a L'Aja dal 7 al 10 maggio 1948. Nell'ambito di questi “Stati Generali dell'Europa” furono elaborate *in nuce* le proposte che caratterizzeranno la storia dell'Europa: la creazione di un'unione economica e politica per assicurare la sicurezza, l'indipendenza economica e il progresso sociale del vecchio continente, l'elaborazione di una Carta Europea dei diritti dell'uomo e la creazione di una Corte per renderla effettiva. Sotto quest'ultimo punto di vista, direttamente rilevante per il tema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è evidente il collegato con il fenomeno della cd. “internazionalizzazione dei diritti”: se la tutela dei diritti è affidata esclusivamente allo Stato nazione, detta tutela può dimostrarsi una garanzia illusoria, poiché è ormai comprovato che il primo “violatore” dei diritti è proprio lo stesso Stato.

²⁷⁵ Precisamente, una volta redatta la Convenzione, l'apertura alle firme fu ufficializzata il giorno 4 Novembre 1950 a Roma, presso palazzo Barberini, giorno in cui fu firmato dal rappresentante del Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Islanda, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Turchia e Regno Unito; seguita a distanza di qualche settimana da Svezia e Grecia.

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952".

L'individuazione della "posizione e del ruolo delle norme della CEDU e la loro incidenza sull'ordinamento italiano"²⁷⁶ non si presentava, da un punto di vista formale, come una questione dogmatica particolarmente oscura o spinosa.

Come noto, nella letteratura predominante²⁷⁷ e nella stessa giurisprudenza costituzionale, è acquisizione pacifica la differenziazione del trattamento riservato dall'ordinamento al diritto internazionale cosiddetto pattizio (o convenzionale) e al diritto internazionale cosiddetto consuetudinario (o generale).

L'art. 10 Costituzione, il quale dispone, tra le altre cose, che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", viene considerato il 'viatico' per il diritto internazionale consuetudinario nell'ordinamento interno: per il tramite del rinvio mobile effettuato nel testo costituzionale, le norme consuetudinarie internazionali devono essere considerate applicabili nell'ordinamento, senza che occorranza leggi statali di adattamento²⁷⁸. Da un punto di vista interno, inoltre, il diritto internazionale generale si colloca in una posizione sovra-ordinata alla legge ordinaria²⁷⁹: già a partire dagli anni Sessanta, la

²⁷⁶ Questa la questione affrontata nelle sentenze cosiddette 'gemelle': così, testualmente nella sentenza n. 348 del 2007, considerato in diritto. par. 4.2.

²⁷⁷ Le eccezioni sono le note dottrine *pacta sunt servanda* (Rolando Quadri) e *pacta recepta sunt servanda* (Giuseppe Barile) delle quali, in via di sintesi, si può leggere in G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, op. cit., pagg. 347-357 e in G. Tesaro, "Costituzione e norme esterne", in *Il Diritto dell'Unione europea* 2/2009, pagg. 195 e ss..

²⁷⁸ T. Perassi, "La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale", in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, pag. 433, in cui si parla di "trasformatore permanente. Vedi anche: E. Cannizzaro, A. Caligiuri," Art. 10" in *Commentario alla Costituzione* Padova, CEDAM: "L'art. 10, co.1, predispone un meccanismo di adattamento automatico nei confronti del diritto internazionale generale. Questo emerge dal tenore letterale della disposizione e si desume dalla volontà dei redattori del testo costituzionale. Esso non si limita quindi a stabilire un obbligo di adattamento, ma lo dispone direttamente, assicurando istante per istante un regime di conformità fra ordinamento interno e diritto internazionale generale. Il meccanismo contenuto nella disposizione costituzionale è, quindi, un meccanismo di adattamento automatico mediante rinvio. L'adattamento è automatico in quanto è effettuato indipendentemente dall'esistenza di un atto di adattamento ad hoc. Esso utilizza la speciale tecnica del rinvio in quanto provvede a conformare l'ordinamento interno non già operando direttamente le modifiche normative necessarie a ciò, bensì rinviando alle medesime norme del diritto internazionale generale".

²⁷⁹ Tuttavia, è discusso se le norme richiamate dall'art. 10 assumano una valenza *infra-costituzionale* ovvero siano pari ordinate alle norme costituzionali. Il diritto giurisprudenziale costituzionale, senza invero particolari argomentazioni, sembra attualmente attestato sulla posizione che vede le norme richiamate ripetere il rango dalle norme che effettuano il rinvio.

Corte costituzionale si trovò ad esaminare questioni di legittimità costituzionale di alcune disposizioni ordinarie per asserite violazioni del diritto internazionale generale²⁸⁰.

Dal campo applicativo di tale articolo risulta escluso il diritto internazionale pattizio o convenzionale: “l'adeguamento automatico dell'ordinamento giuridico” è indirizzato “alle sole norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e non anche agli impegni assunti dallo Stato in forza di accordi particolari”²⁸¹. Le norme internazionali pattizie necessitano, per poter essere immesse nell'ordinamento, di un intervento *ad hoc*, il cosiddetto ordine di esecuzione - normalmente (ma non esclusivamente) una legge ordinaria - da cui le norme ripetono la veste formale.

Alla luce di tali consolidate dottrine, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto diritto internazionale pattizio, assume la forma e la posizione nella gerarchia delle fonti interne dell'ordine di esecuzione, ovvero della legge n. 848/1955. In quanto legge ordinaria, essa è formalmente e materialmente subordinata alla Carta costituzionale, è astrattamente suscettibile di essere abrogata, derogata o modificata da

²⁸⁰ Oggi, una simile eventualità si è verificata (sentenza della corte costituzionale n. 238 del 2014), ma negli anni Sessanta, vedi la sentenza della Corte costituzionale n. 67 del 1961 in cui viene sollevata una questione di legittimità costituzionale di una disposizione di legge ordinaria (la n. 1409/1956) in riferimento - perlomeno presuntivamente, data la mancanza di specificazioni sul punto del giudice *a quo*- di diritto internazionale consuetudinario; sentenza n. 135/1963 in cui viene sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo unico della legge n. 1263/1926 in riferimento, tra i vari parametri, all'art. 10 Cost. La Corte costituzionale, peraltro, rigetta la censura poiché “nella legislazione e nella giurisprudenza e dottrina dei vari Paesi non vi è concordanza di indirizzi e sistemi relativamente all'esenzione dai procedimenti conservativi e di esecuzione su beni di Stati esteri che non sono destinati a funzioni attinenti all'esercizio della sovranità”.

²⁸¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 1960, in cui: “l'obbligo giuridico di rispettare i trattati e di adeguare il proprio ordinamento alle clausole di essi, è un obbligo di diritto internazionale, che può essere fatto valere soltanto dall'altra Alta Parte Contraente, nelle forme previste dall'accordo, e la cui violazione non comporta un vizio di legittimità costituzionale”.

una legge ordinaria successiva²⁸² e può, del pari, astrattamente abrogare tacitamente, derogare o modificare le leggi ordinarie antecedenti²⁸³. In uno scritto del 1969, Antonio Cassese fotografa precisamente l'opinione "di gran lunga più diffusa" nella dottrina italiana e straniera: "le norme di adattamento alla Convenzione, essendo state immesse attraverso una legge ordinaria, hanno il rango proprio di tale legge"²⁸⁴.

È bene evidenziare che questa ricostruzione dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale pattizio *sub species* CEDU, diversamente da quanto visto in relazione al diritto comunitario, non ha suscitato reazioni della Corte europea di Strasburgo (o della Commissione). Sebbene alcuni affermassero che gli articoli 1 e 13 CEDU potessero costituire fondamento di un obbligo di rendere la Convenzione direttamente applicabile

²⁸² Una parte della dottrina cercava, comunque, di affermare l'impossibilità che le norme internazionali veicolate dall'ordine di esecuzione fossero abrogate tacitamente o modificate da leggi interne successive. Si veda, ad esempio l'elaborazione della dottrina del "principio della prevalenza sostanziale delle norme di adattamento" sulle leggi successive, declinato da Cesare Fabozzi oppure i tentativi di fondare l'applicazione del criterio della *lex specialis* ad opera di Antonio Malintoppi e Benedetto Conforti. Vedi: C. Fabozzi, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Giuffrè, Milano 1961; C. Fabozzi, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano" in *Temi romana*, 1963 pagg. 798 e ss.; A. Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Giuffrè, Milano 1955, pag. 65 (nota 58; 76 a pag. 73); B. Conforti, "Diritto comunitario e diritto degli Stati Membri" in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966 pag. 18.

²⁸³ Non a caso, gli studiosi processualpenalisti degli anni Sessanta (su cui vedi *infra*) cercavano di evidenziare fenomeni di abrogazione tacita di singole disposizioni del (previgente) codice di procedura penale da parte delle sopravvenute norme convenzionali.

²⁸⁴ A. Cassese, "L'efficacia delle norme italiane di adattamento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 4/1969 pagg. 918 e ss.: "le norme di adattamento alla Convenzione, essendo state immesse attraverso una legge ordinaria, hanno il rango proprio di tale legge con la conseguenza - talvolta enunciata in termini espressi; e più spesso implicitamente- che esse non possono in alcun modo costituire un parametro di giudizio per accertare la legittimità costituzionale di leggi ordinarie, o di altri atti equiparati, con esse incompatibili" tale opinione [di cui al testo] muove dall'esatto presupposto che l'esecuzione dei trattati internazionali avviene in virtù non dell'art. 10 comma I, ma del procedimento ordinario di adattamento o dell'ordine di esecuzione, i quali danno vita a norme che rivestono il valore formale proprio dell'atto normativo con cui sono state poste". Vedi, anche: F. Margiotta Broglio, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 1967; I. Telchini, "A proposito di diritto internazionale e di norme costituzionali" in *Giurisprudenza italiana* 1/1968.

negli ordinamenti degli Stati aderenti - così avvicinando la CEDU ai Trattati comunitari²⁸⁵ -, la Corte europea ha sempre recisamente rifiutato queste posizioni²⁸⁶.

Le modalità di incorporazione della Convenzione nel diritto interno sono reputate questioni prettamente domestiche e prive di rilevanza per il sistema convenzionale: la giurisdizione della Corte di Strasburgo viene esercitata tanto nel caso in cui la Convenzione sia formalmente diritto valido nell'ordinamento interno quanto nel caso in cui non lo sia; tanto nel caso in cui la Convenzione, incorporata, abbia rango costituzionale quanto di fonte ordinaria²⁸⁷.

Alla Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, interessa unicamente che la *sostanza* dei diritti contenuti nell'elenco convenzionale sia garantita dagli Stati, poco importa in quale veste *formale*: “although there is thus *no obligation to incorporate the Convention* into domestic law, by virtue of Article 1 of the Convention the *substance* of the rights and freedoms set forth *must be secured* under the domestic legal order, *in some form or another*, to everyone within the jurisdiction of the Contracting States”²⁸⁸. Ciò che

²⁸⁵ T. Buergenthal, “The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States” in *International and Comparative Law Quarterly Supplementary Publication* vol. 11, 1965, pagg. 76 e ss.; P. Pescatore, “L’application judiciaire des traités internationaux danno la Communauté européenne et dans se etats membres” in AA.VV., *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pagg. 355 e ss.

²⁸⁶ (Plenary), *Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom*, app. 13585/88, 26 Novembre 1991, par. 75 e 76: “O.G. complained of the fact that the English courts did not apply the proper principles in relation to Article 10 and that neither that provision nor the case-law relevant thereto had been *incorporated* into English law. They alleged that on this account they had been victims of a violation of Article 13 of the Convention. [...] The Court agrees with the Government and the Commission that this allegation has to be rejected. [...] As regards the specific matters pleaded, the Court has held on several occasions that *there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law*. Again, Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State’s laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention”.

²⁸⁷ Al massimo, questo si ripercuoterà sulla regola della sussidiarietà e del previo esaurimento dei rimedi interni: ad esempio, (Plenary) *Case of De Wilde Ooms and Versyp v. Belgium*, app. nn. 2832/66 2835/66 2899/66, 18 giugno 1971, par. 82: The applicants could also have contended before the Conseil d’État, as they did before the Commission, though not very precisely, that their detention had in any event violated Article 5.1 of the Convention, particularly because, due to supervening circumstances, they had lost their character of vagrants. In fact Article 5 of the Convention is directly applicable in the Belgian legal system, such that its violation could have been complained of before the Conseil d’État and it cannot be affirmed a priori that it would not have decided speedily.

²⁸⁸ *Case of James and others v. United Kingdom*, app. n. 8793/79, 21 febbraio 1986, par. 84. Conformemente, (Chamber) *Case of Swedish Engine Drivers’ Union v. Sweden*, app. n. 5614/72 (par. 50: “In addition, neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention”).

importa, quindi, è che i diritti e le libertà posti nella Convenzione siano attribuiti e garantiti a chiunque si trovi entro la giurisdizione degli Stati parte²⁸⁹.

In definitiva, nonostante l'entusiasmo politico mostrato dall'Italia per il progetto internazionalista in questione²⁹⁰, sul piano più squisitamente giuridico la partecipazione alla CEDU non determinò, nel breve periodo, alcuno 'stravolgimento rivoluzionario', come invece si verificò relativamente alla partecipazione alle Comunità Europee (e nonostante alcune affermazioni della Corte europea richiamassero alla mente i precedenti della Corte di Giustizia CE²⁹¹): nei fatti, la Convenzione rimase per lungo tempo oggetto di interesse di branche settoriali della dottrina italiana, in modo

²⁸⁹ *Case of Ireland v. the United Kingdom*, app. n. 5310/71, 18 gennaio 1978, par. 239: "By substituting the words 'shall secure' for the words 'undertake to secure' in the text of Article 1, the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States. That intention finds a particularly faithful reflection in those instances where the Convention has been incorporated into domestic law. The Convention does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies; as is shown by Article 14 and the English text of Article 1 ('shall secure'), the Convention also has the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels".

²⁹⁰ L'Italia, paese fondatore del Consiglio d'Europa, è tra i primi Stati ad aver aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad aver accettato la giurisdizione della Corte di Strasburgo e il diritto di ricorso individuale, nel 1973, il tutto pressoché in assenza di riserve al trattato, a differenza di altri paesi, come ad esempio la Spagna.

²⁹¹ In particolare, se da una parte la Corte europea affermò di fare riferimento alla Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei Trattati del 1969, in quanto ricognitiva di principi generalmente riconosciuti del diritto internazionale (*Golder* 1975: "The Court is prepared to consider [...] that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties [...] its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion"), per poi utilizzare criteri evolutivi nell'interpretazione del testo (*Wemhoff* 1978 "...the most appropriate [interpretation] in order to realize the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the possible degree the obligation undertaken by the Parties") e dare vita a interpretazioni estensive e, come diverrà poi evidente, ad imporre nuove obbligazioni sugli Stati parte della Convenzione. Del resto, anche la Convenzione è un non comune trattato internazionale (*Ireland v. UK* 1978: "unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a 'collective enforcement'").

particolare processual-penalistica²⁹².

La posizione tutto sommato marginale e settoriale della CEDU nel dibattito accademico italiano è cristallizzata nel testo di una relazione presentata da Giovanni Conso ad un convegno torinese del 1967 in cui viene ricordato come secondo le opinioni di una parte della dottrina - e precisamente dell'Andrioli, del Carrelli e dell'Amodio - "saremmo, da molti anni ormai, di fronte ad una serie imponente di violazioni di legge, ad un'autentica crisi della Convenzione europea che non sarebbe applicata dai nostri magistrati, che sarebbe disconosciuta dal nostro legislatore. Gravissime, stando a questa diagnosi, le colpe della giurisprudenza, della legislazione e, naturalmente, anche della dottrina"²⁹³.

2.2. ... avente carattere *materialmente* costituzionale

Per quanto riguarda la posizione della Corte costituzionale sulla rilevanza della CEDU nell'ordinamento interno, dall'esame delle pronunce precedenti la presa di posizione

²⁹² V. Andrioli, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo penale" in *Temì romana: raccolta mensile della giurisprudenza della Corte d'appello, dei tribunali e delle preture dipendenti*, 1964, pagg. 457 e ss.; Id, *Appunti di procedura penale*, Jovene, Napoli 1965; M. Pisani, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale" in *Foro italiano* 4/1966; ID, "Un 'caso clinico' in tema di Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Indice penale* 1967, pagg. 391 e ss.; N. Carulli, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Jovene, Napoli 1967; M. Chiavario, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano 1969; ID, "Le garanzie fondamentali della persona umana nella Convenzione di Roma e nel processo penale italiano" in *Rivista di diritto matrimoniale* 1966, pagg. 501 e ss.; E. Amodio, "La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1967, pagg. 860 e ss.; G. Vassalli, "Il diritto alla prova nel processo penale" in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 1968; V. Grevi, "Spunti sull'art. 6.3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)" in *L'indice penale* 1968.

²⁹³ G. Conso, "I diritti dell'uomo e il processo penale" in *Rivista di diritto processuale* 1968, pagg. 307 e ss. che continua " [...] Io sono, [invece], con quegli altri pochi studiosi del settore, cioè il Pisani ed il Chiavario, i quali non negano l'esistenza di uno scarto fra il sistema processuale penale vigente in Italia ed i diritti dell'Uomo, ma parlano di uno scarto non eccessivo. [...] A quei pochi processual-penalisti che hanno affrontato il problema, va indubbiamente tributato il merito di averne sentito per primi l'importanza e di aver iniziato il difficile cammino di una chiarificazione su questo piano [...]".

spartiacque del 2007, emergono alcune curiose tendenze, indubbiamente degne di interesse²⁹⁴.

In generale, sin dalla fine degli anni Sessanta la Corte costituzionale ha escluso espressamente la riconducibilità della CEDU, in quanto accordo internazionale, al meccanismo dell'art. 10 Costituzione²⁹⁵, conformandosi così alla posizione dottrinaria dominante. Inoltre, quest'ultima ha costantemente ribadito - fatta salva un'unica

²⁹⁴ Oltre a quanto si segnerà nel testo, per dovere di completezza, si segnala che da un esame della giurisprudenza costituzionale nel periodo antecedente al 2007 possiamo distinguere: (i) sentenze in cui si afferma, prescindendo da qualunque considerazione formale, che le garanzie offerte dalla Costituzione sono maggiori di quelle offerte dalla CEDU: sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1961; (ii) sentenze in cui la CEDU viene utilizzata come mero argomento *a fortiori*: sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 1965 ("il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale [...] è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo"); sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1966 ("Il divieto di pubblicazione degli atti istruttori del procedimento penale non è una novità nell'ordinamento giuridico italiano. [...] e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...], si afferma che l'esercizio della libertà di espressione [...] può essere sottoposto a certe formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni..."); sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1967 ("Che la concessione della libertà provvisoria sia subordinata alla prestazione di cauzione o malleveria è cosa ammessa nel nostro ordinamento e negli ordinamenti di tante altre nazioni; è cosa anche espressamente prevista nell'art. 5, n. 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo"); sentenze della Corte costituzionale n. 18 del 1981, n. 73 del 1983 e n. 51 del 1985 ("Affermato in varie sedi e a vari livelli - art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino proclamata dall'Assemblea nazionale francese il 26 agosto 1789; art. 2, comma primo, del nostro codice penale vigente; art. 25, comma secondo, della nostra Costituzione; art. 11, n. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; art. 7, n. 1, p.p., della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali conclusa il 4 novembre 1950-, il principio in argomento si pone come superiore principio di civiltà, della stessa civiltà nella quale la nostra Costituzione s'inserisce"); sentenza della Corte costituzionale n. 357 del 1987 ("Una giustizia disordinatamente o tardivamente amministrata può essere non meno pregiudizievole dell'ingiustizia: non senza ragione la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, il cui strumento di ratifica è stato depositato a Strasburgo il 26 ottobre 1955 ha posto in primo piano, sia per i detenuti che per i non detenuti, diritto ad una decisione in ordine alle accuse 'entro un termine ragionevole'").

²⁹⁵ Sentenza della Corte costituzionale n. 104 del 1969, considerando in diritto par. 5: "La Corte, che nella sentenza n. 32 del 1960 ebbe a ritenere che la disposizione dell'art. 10 si riferisce alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e non ai singoli impegni assunti nel campo internazionale dallo Stato, nel riportarsi a tale suo avviso, non ritiene necessario, ai fini della risoluzione dei problemi formanti oggetto di questo giudizio, ogni ulteriore indagine sull'argomento. E ciò perché, anche se le citate norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo avessero quella forza di resistenza che il pretore di San Donà di Piave mostra di ritenere, la soluzione del caso non cambierebbe [...]".

eccezione²⁹⁶ - che “le norme internazionali pattizie rese esecutive nell'ordinamento interno”, ivi incluse le norme convenzionali, “hanno valore di legge ordinaria” ed esse pertanto non sono idonee a fungere da parametri per il giudizio costituzionale, né “di per sé sole” né in qualità di norme interposte²⁹⁷.

Nonostante tale giurisprudenza, nient'affatto oscura - e tendenzialmente condivisa dalla stessa Corte di Cassazione²⁹⁸ -, i giudici di merito nel tempo si mostrarono particolarmente inclini a “considerare di livello costituzionale le norme internazionali

²⁹⁶ Eccezione rappresentata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 1993, che ha poi avuto seguito in una pronuncia della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza n. 2194, del 12 maggio 1993 cosiddetta *Medrano*). Ivi, è possibile, infatti, leggere che “Le norme internazionali appena ricordate [*i.e.*: la CEDU e il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966] sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81 (‘il codice di procedura penale deve (...) adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale’), quanto, piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria”.

Il riferimento alla ‘competenza atipica’, tuttavia, è rimasto isolato nella produzione giurisprudenziale della Corte costituzionale e, sebbene tale pronuncia avesse suscitato l'interesse della dottrina, è stata poi considerata un ‘mero ed isolato *obiter dictum*’. Sulla pronuncia, vedi: E. Cannizzaro, “Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pagg. 351 e ss.; M. D’Amico, “Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: un nuova strada per la Corte costituzionale?” in *Giurisprudenza italiana* 1/1993, pagg. 2049 e ss.

²⁹⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 1980, considerando in diritto n. 5: “le prospettazioni dei giudici *a quibus* pongono in definitiva un duplice problema: di gerarchia delle fonti normative, da un lato, e dell'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. dall'altro. Sotto il primo profilo, la Corte condivide il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, in mancanza di specifica previsione costituzionale, *le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria*. Resta così esclusa la stessa prospettabilità, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando (ord. 454/79) le disposizioni convenzionali vengono poste, *di per sé sole, quali parametri di giudizio*. [...] Sotto il secondo profilo questa Corte non può che ribadire la propria costante giurisprudenza che *esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. mentre l'art. 11 Cost. neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale*”.

²⁹⁸ Cassazione nn. 2757, 2761 e 2762 del 16 novembre 1967; Cassazione n. 4851 del 6 novembre 1973; Cassazione n. 13214 del 24 marzo 1977. Fa eccezione la nota sentenza Cassazione n. 1191 del 23 novembre 1988 cosiddetta “Polo Castro”, in cui: “la ‘precettività’ in Italia delle norme della convenzione consegue dal principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello stato”.

sui diritti dell'uomo - benché immesse nell'ordinamento con legge ordinaria - in ragione della loro incidenza su materia *di sicura rilevanza costituzionale*²⁹⁹: costoro, infatti, in maniera tutt'altro che infrequente sottoponevano all'attenzione del giudice costituzionale, secondo percorsi i più vari, questioni di conformità di determinate disposizioni ordinarie in riferimento a norme della CEDU³⁰⁰.

Se la Corte Costituzionale, da un punto di vista *formale*, ha continuato ad attestarsi sulla posizione tradizionale della inidoneità parametrica della CEDU, da un punto di vista *sostanziale*, ha tuttavia manifestato la tendenza ad affrontare nel merito le censure, proposte dai giudici rimettenti, in riferimento alle norme convenzionali: non sporadicamente, dopo aver escluso vizi di costituzionalità della legge impugnata, essa ha escluso anche eventuali contrasti con la Convenzione, normalmente mostrando come

²⁹⁹ P. Mori, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana" in *Rivista di diritto internazionale* 1983, pag. 307, la quale continua: "non è facile individuare le ragioni dell'*insolita ostinazione* con cui i giudici di merito hanno negli ultimi anni prospettato la costituzionalizzazione della Convenzione [...]. Ma non si è certo lontani dal vero se si immagina che, a monte della volontà di affermare l'esigenza di una operatività delle relative norme di adattamento diversa da quella tradizionalmente attribuita alle altre norme pattizie immesse nel nostro ordinamento, vi sia innanzitutto la natura della materia dalle prime regolata".

³⁰⁰ Vedi già: sentenza n. 90 del 1968 ("Nell'ordinanza di rimessione, emessa il 6 gennaio 1968, il Consigliere istruttore [...] ha espresso l'avviso che le suddette disposizioni legislative, a causa dell'assoluta inadeguatezza dei compensi previsti, violino gli artt. 24, primo comma, 104, primo comma della Costituzione *il combinato disposto degli artt. 2 della Costituzione, 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*"). Si veda anche la conferma in: G. Biscottini, M. Scalabrino Spadea (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Giuffrè, Milano 1981.

l'interpretazione fatta degli enunciati costituzionali sia in armonia con le norme internazionali³⁰¹.

Queste operazioni, superflue nell'economia del ragionamento giuridico costituzionale, costituiscono, evidentemente, la manifestazione della consapevolezza, maturata nella Corte costituzionale, grazie all'opera dei giudici comuni, della dissociazione tra la

³⁰¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 1980, in cui, dopo aver ampiamente richiamato le decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo, si afferma che queste "interpretazioni sembrano perfettamente coerenti con il principio di cui all'art. 24, secondo comma Cost. nella lettura datane da questa Corte con la sentenza n. 125 del 1979"; sentenza della Corte costituzionale n. 124 del 1972 ("le stesse considerazioni fatte per l'art. 27, secondo comma, Cost., valgono a dimostrare che la *disposizione impugnata non contrasta neppure con l'art. 6, paragrafo 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Si apre qui un problema di interpretazione e di coordinamento affidato al giudice ordinario: problema che parrebbe debba risolversi nel senso della *identità sostanziale di significato* delle dizioni dell'art. 27, secondo comma, Cost., e di detto art. 6, paragrafo 2, e di un *allineamento di questo a quello*, dato che la Convenzione contiene norme sulla carcerazione preventiva (art. 5, lett. b e c), che sembrano incompatibili con la presunzione di innocenza, ma conciliabili con la presunzione di non colpevolezza); sentenza della Corte costituzionale n. 315/1990 (par. 5: "Per quanto riguarda la lamentata mancanza di adeguamento all'art. 6, paragrafo 3, lettera c), parte prima, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - anche a prescindere dal più volte ripetuto insegnamento che la norma pattizia 'non si colloca di per se stessa a livello costituzionale' - *le considerazioni sopra svolte in ordine al diritto di difesa portano comunque ad escludere che l'art. 2 della legge 23 gennaio 1989, n. 22, sostitutivo dell'art. 192, terzo comma, del codice di procedura penale del 1930, sia non conforme alla prescrizione pattizia*. L'aver privilegiato, ai fini dell'esercizio del diritto di impugnazione, l'autodifesa rispetto alla difesa tecnica è in linea con una delle regole minime la cui osservanza è stata raccomandata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con la Risoluzione n. 11 del 21 maggio 1975"); sentenza della Corte costituzionale n. 15 del 1982 sulla presunta illegittimità costituzionale dei termini (particolarmente dilatati) della custodia cautelare in carcere (par. 3: "Nell'ordinanza di remissione, il dispositivo fa espresso riferimento agli artt. 13 e 27 Cost., ma l'argomentazione non viene condotta sui principi di cui i suddetti articoli sono portatori, bensì imperniata esclusivamente sul principio di ragionevolezza, rispetto al quale le denunciate violazioni risultano configurate come conseguenziali, stante la carenza di qualsiasi autonomo motivo a loro riguardo. Ed il suddetto principio, a sua volta, non viene affermato con richiamo alla giurisprudenza, ormai costante, di questa Corte, la quale ne ha da tempo ravvisato l'esistenza nel nostro sistema costituzionale, bensì invocando l'art. 5, paragrafo 3, della convenzione europea di salvaguardia. All'uopo si rileva che, poiché i principi da questa dettati 'sono stati recepiti dal nostro ordinamento', nella specie va osservato quello, enunciato appunto nel suddetto articolo, secondo cui 'ogni persona arrestata o detenuta ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole'. Senonché, la suddetta norma della convenzione di salvaguardia su cui il giudice *a quo* poggia il suo ragionamento, da un lato *non si colloca di per se stessa a livello costituzionale, dall'altro lato non propone alcun criterio concreto, in quanto si astiene dal fornire una qualsiasi specificazione*. Ed una valutazione della ragionevolezza che non sia ancorata ad un criterio concreto, ma solo ad una enunciazione vaga ed elastica, può riuscire opinabile in difetto di un'analisi più articolata ed approfondita").

forma (ordinaria) delle norme convenzionali e la *sostanza* tipicamente costituzionale di queste³⁰².

Questa tendenza - e la conseguente flessibilizzazione dell'argomentazione giuridica costituzionale - va poi sempre più accentuandosi: alla fine degli anni Novanta, scompaiono anche i riferimenti alla veste formale ordinaria delle norme convenzionali³⁰³ fino alla radicale affermazione della sua irrilevanza, poiché “al di là della coincidenza” tra i diritti previsti in Costituzione e in Convenzione, “le diverse

³⁰² Conformemente: G. Sorrenti, “Le Carte internazionali sui diritti umani: un’ipotesi di ‘copertura’ costituzionale ‘a più facce’”, in *Politica del diritto* 3/1997, pag. 349; D. Tega, “La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2007; S. Bartole, “Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale” in *Quaderni Costituzionali* 3/2009.

³⁰³ Sentenza della Corte costituzionale n. 288/1997 (redattore Neppi Modona), in cui la questione di costituzionalità di una disposizione nel codice di procedura penale, proposta in riferimento agli artt. 2 e 10 Costituzione e art. 2 co. 1 del protocollo n. 7 CEDU, viene esaminata e rigettata; la sentenza della Corte costituzionale n. 399/1998 (redattore Mezzanotte), in cui la questione di legittimità, proposta in riferimento all’art. 10 Cost e 6 CEDU viene dichiarata infondata nei termini prospettati (par. 5: “L’art. 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali non impone l’adozione di un modello processuale unico e infungibile: per far sì che il loro sistema giudiziario sia in armonia con il principio del giusto processo, gli Stati contraenti, come la Corte europea non negò, godono della più ampia libertà nella scelta dei mezzi idonei. Se ciò è vero, *l’argomento* su cui il giudice remittente si appoggia per sostenere che il rito degli irreperibili deve essere eliminato con sentenza di questa Corte *non può essere condiviso*”); sentenza della Corte costituzionale n. 342/1999 (redattore Vassalli), in cui la questione di legittimità della disciplina sulla partecipazione al dibattimento ‘a distanza, proposta in riferimento all’art. 10 Cost e 6 CEDU viene dichiarata infondata (“Alla stregua di tali rilievi, *improprio si rivela anche il richiamo ai principi affermati nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, posto che, sia pure con modalità particolari, la partecipazione al dibattimento dell’imputato deve rispondere, per quel che si è detto, al canone della ‘effettività’, così da far risultare adeguatamente garantita la possibilità, per l’imputato stesso ed il suo difensore, di esercitare concretamente i relativi diritti. D’altra parte, poiché, come si è già rilevato, fra le dichiarate esigenze che la normativa in esame ha inteso soddisfare, un rilievo essenziale ha assunto quella di consentire la rapida celebrazione dei dibattimenti per gravi reati nei confronti di imputati detenuti, *non può non derivare da ciò una significativa assonanza proprio con l’indicato strumento dell’ordinamento internazionale*, particolarmente attento nel rimarcare la necessità che i processi, specie se a carico di imputati in stato di detenzione, si svolgano in tempi ragionevolmente brevi”).

formule che li esprimono si *integrano*, completandosi reciprocamente nella interpretazione”³⁰⁴.

Del resto, a fronte di questi sviluppi, si erano moltiplicati anche gli inviti della dottrina per trovare una soluzione allo iato tra forma e sostanza della Convenzione, sempre più apertamente avvertito come non appropriato o problematico, una vera e propria mortificazione della tutela dei diritti fondamentali³⁰⁵.

³⁰⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 388/1999 (redattore: Mirabelli), par. 2.1.: “Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade *per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, che implica una ragionevole durata del processo*, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia”. Nello stesso ordine di idee, si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 376/2000 che, nell'accogliere la questione di legittimità prospettata, al par. 6: “I principi di protezione dell'unità familiare, con specifico riguardo alla posizione assunta nel nucleo dai figli minori in relazione alla comune responsabilità educativa di entrambi i genitori, non trovano riconoscimento solo nella nostra Costituzione ma sono affermati anche da alcune disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia, tra le quali: quelle di cui agli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...]; dal complesso di queste norme, pur nella varietà delle loro formulazioni, *emerge un principio, pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost.*, in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza...”.

Sul punto: C. Pinelli, “La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999; A. Pertici, “La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo”, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La corte costituzionale e le corti d'Europa: atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino Giappichelli, 2003, pagg. 165 e ss.

³⁰⁵ G. Sorrenti, “Le Carte internazionali sui diritti umani.”, *cit.*, pag. 349: “Tale primo inquadramento formale, che applicato nel nostro caso porterebbe a classificare le convenzioni sui diritti umani al livello primario dell'ordine delle fonti, si dimostra talora insufficiente ad assicurare all'atto un grado di forza adeguato all'importanza delle sue norme, secondo le graduazioni con cui esse si dispongono in uno Stato costituzionale, aprendo la via a considerazioni di natura assiologia, imprescindibili in un ordinamento edificato sui valori e, tuttavia, più incerte e opinabili”.

Accanto ad una più profonda attenzione mostrata in generale per la Convenzione³⁰⁶, due erano i percorsi dogmatici valorizzati per sopperire alla relegazione della CEDU ad un ruolo periferico nell'ordinamento.

Da una parte, sul piano dell'interpretazione, vi era chi - evidentemente in armonia con la pronuncia 388/1999 del giudice costituzionale -, riteneva che gli enunciati della Costituzione relativi ai diritti e principi fondamentali e gli enunciati delle carte internazionali dovessero essere "riconciliati nei processi interpretativi, avviando e portando ad effetto un *circolo virtuoso* di rimandi reciproci di sensi, di *interpretazioni doppiamente, reciprocamente conformi*, obbligando pertanto simultaneamente l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale a volgersi l'uno verso l'altro e ad attingere a ciò che di meglio ciascuno di essi in sé racchiude al fine della incessante rigenerazione semantica dell'altro"³⁰⁷.

Dall'altra, sul piano delle fonti, con diversità di argomentazioni e di esiti, veniva cercata una copertura costituzionale per il trattato, in modo da sottrarre la legge 848/1955 a vicende di abrogazione implicita e di marginalizzazione da parte dei giudici comuni: un vero e proprio coacervo di dottrine, elaborate nel corso del tempo, e variamente adottate

³⁰⁶ A. La Pergola, "L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani", in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, Padova, CEDAM 1989, pp. 40 ss.; G. Raimondi, "La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1990; E. Cannizzaro, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1991; V. Starace, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, Levante, 1992; E. Cheli, "Protezione e giustiziabilità dei diritti umani: la via degli artt. 10 e 11 della Costituzione italiana", in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di) *Diritti umani e civiltà giuridica. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia nei giorni 9-11 novembre 1989*, Perugia, Pliniana, 1992; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 1994; P. Pustorino, "Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno" in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1/1995, pagg. 34 e ss.; A. Marzanati, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 6/1998 pagg. 1380 e ss.

³⁰⁷ Il riferimento è evidentemente ad Antonio Ruggeri e ai numerosi scritti che l'Autore ha dedicati al tema. Il testo citato è tratto da: A. Ruggeri, "Interpretazione costituzionale e ragionevolezza" in *Politica del diritto* 4/2006, pagg. 531 e ss. (pag. 545). *Ex multis*, si veda: A. Ruggeri, "Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo 'intercostituzionale'", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2001, 544 ss.; Id., "Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione" in *Ragion pratica*, 2002, 63 ss.; Id., "La tutela 'multilivello' dei diritti tra esperienze di normazione e teorie costituzionali", in *Politica del diritto* 3/2007; Id., "Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema", in *Forum dei Quaderni Costituzionali* 2007.

dai giudici di merito nel tentativo di portare la Corte costituzionale a pronunciarsi sulla conformità della legislazione ordinaria al parametro convenzionale. Alcuni utilizzavano l'art. 10 co. 1 Costituzione facendo leva su studi internazionali generali come quelli di Giuseppe Barile o Rolando Quadri e, quindi, richiamandosi alle dottrine *pacta sunt servanda* ovvero *pacta recepta sunt servanda*³⁰⁸; altri, invece, proponevano l'utilizzo dell'art. 10 argomentando sulla base del fatto che la Convenzione costituisse un trattato ricognitivo di regole di diritto internazionale consuetudinario³⁰⁹. Vi era poi chi, pur ammettendo che le norme convenzionali ripetessero il proprio valore dalla legge di esecuzione, riteneva opportuno distinguere quella parte della Convenzione che attribuiva diritti fondamentali all'individuo straniero e che riceveva copertura costituzionale in virtù dell'art. 10 co. 2 Costituzione³¹⁰. Altri, invece, ritenevano che l'articolo 11 della Costituzione potesse essere utilmente impiegato per ritenere che la Convenzione fosse stata costituzionalizzata, in quanto trattato determinante una limitazione di sovranità e posto in essere allo scopo di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni³¹¹; ancora, chi riteneva la Convenzione europea costituzionalizzata in virtù della clausola dell'art. 2 Costituzione, indipendentemente dal dibattito circa la natura di "fattispecie aperta" ovvero "chiusa"³¹².

A seguito della riforma costituzionale del Titolo V con legge costituzionale n. 3/2001, il novero delle tesi dogmatiche si ampliò ulteriormente. Alle opinioni sopra ricordate, si aggiunse anche chi leggeva nel nuovo art. 117 co. 1 Costituzione la possibilità di

³⁰⁸ V. Grementieri, "Le garanzie internazionali nel processo civile" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1969, pagg. 576 e ss.; M. Miele, *Patti internazionali sui diritti dell'uomo e diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1968, pag. 81 e ss..

³⁰⁹ F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 1984.

³¹⁰ A. Cassese, "L'efficacia delle norme italiane di adattamento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 4/1969

³¹¹ N. Carulli, *op. cit.* pag. 201 e ss.; M. L. Forlati Picchio, "Deroga alla giurisdizione e parità delle armi nel processo del lavoro" in AAVV., *L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno del 10 dicembre 1976*, Giuffrè, Milano 1977; E. Vitta, "Processo civile e diritti dell'uomo" in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* 1977, pagg. 598 e ss.

³¹² F. Bricola, "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza" in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1967, pag. 1094 e ss.; ancorché dubitativamente, F. Mantovani, "Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano" in AA.VV. *Prospettive per un diritto penale europeo. IV Convegno di diritto penale*, Bressanone, 1967, CEDAM, Padova 1968 pagg. 97 e ss.

fondare la copertura costituzionale della Convenzione (e degli altri accordi internazionali)³¹³. In ogni caso, l'interpretazione della disposizione - fino alle sentenze gemelle del 2007 - era tuttavia estremamente controversa: da una parte vi era chi, facendo leva su collocazione sistematica e lavori parlamentari, riteneva che in nulla avesse innovato la disposizione, poiché essa doveva intendersi riferita eminentemente alle Regioni³¹⁴. Altri, invece, leggevano nell'art. 117 l'introduzione di un meccanismo di adeguamento permanente al diritto internazionale pattizio, analogo a quello dell'art. 10 co. 1 Costituzione³¹⁵. Infine vi era chi riteneva la disposizione in parola in grado di innovare circa la "forza di resistenza passiva" dei trattati rispetto alla legge ordinaria: ciò avrebbe potuto comportare la possibilità, in caso di contrasto, di sollevare una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 secondo il parametro delle norme interposte³¹⁶.

3. La (ri)definizione di ruolo e posizione della CEDU nell'ordinamento: le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007

Nella storia di quello che, con calco da una celebre espressione, può essere definito il cammino convenzionale della Corte costituzionale, vi è un momento ben preciso che, unanimemente, è reputato segnare l'apertu

³¹³ G. Gemma, "Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale" in *Quaderni costituzionali* 3/2002, pagg. 605 e ss..

³¹⁴ C. Pinelli, "I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario", in *Foro italiano* 2001

³¹⁵ A. D'Atena, "La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea" in *Rassegna parlamentare* 2002, pagg. 916 e ss..

³¹⁶ M. Luciani, "Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001" reperibile in *AIC Materiali* "Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Seminario 14 gennaio 2002, Bologna".

ra dell'ordinamento alle *ragioni* della Convenzione³¹⁷: quando, con le due sentenze cosiddette gemelle del 2007³¹⁸, il Giudice costituzionale aggiorna la gerarchia delle fonti interne, attribuendo alla Convenzione, conformemente al *trend* europeo, valore superiore alla legge ordinaria e fissando precisi canoni interpretativi per i giudici comuni³¹⁹.

Le sentenze gemelle, momento di cesura con il passato e di formalizzazione (in più di un senso) del rapporto con il diritto convenzionale, intervengono in un contesto radicalmente diverso rispetto a quello in cui la dottrina giuridica italiana aveva mosso i primi passi verso la Convenzione europea e la sua Corte.

In primo luogo, sul versante internazionale, il sistema di tutela dei diritti della Convenzione subisce nel tempo una vera e propria *trasformazione*, tramite

³¹⁷ In tal senso anche la Cassazione, sez. III civ., in sent. 18203/2008 in cui si legge che con le sentenze in questione è stato “compiuto un punto di svolta per l’apertura del nostro sistema di giustizia costituzionale verso il diritto europeo, consentendo alla Corte italiana di instaurare un *dialogo* con la Corte europea dei diritti dell’uomo”. Antonio Ruggeri parla, ad esempio, di “modello dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU” delineato a partire dalle famose sentenze gemelle del 2007 e via via precisato nella giurisprudenza successiva; Cristina Napoli, nel commentare le pronunce “aver fatto della Convenzione una norma interposta potrebbe palesarsi come una soluzione ‘funzionale’ a che la Corte possa inserirsi nel dialogo tra giudici comuni e Corte di Strasburgo: essa, infatti, così, può, da un lato, affiancare il giudice nella ricerca dell’equilibrio tra norma interna e norma CEDU, dall’altro può svolgere un importante ruolo nella determinazione di quel margine di apprezzamento che la Corte europea lascia agli Stati per l’adozione di misure in qualche modo derogatorie rispetto alle disposizioni della Convenzione”. Vedi: A. Ruggeri, “Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)”, in *Rivista AIC* 3/2012; C. Napoli, “La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive del dialogo tra le Corti” in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2008.

³¹⁸ Si tratta delle sentenze n. 348 del 2007 (estensore Gaetano Silvestri) e n. 349 del 2007 (estensore Giuseppe Tesaro). La prima ha oggetto la questione di costituzionalità dei criteri di calcolo dell’indennità espropriativa (art. 5-*bis* del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), sollevata con tre distinte ordinanze dalla Corte di cassazione, per violazione dell’art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all’art. 6 della CEDU e dell’art. 1 Protocollo n. 1 alla Convenzione, nonché per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai citati artt. 6 CEDU e 1 del primo Protocollo. Nella sentenza n. 349, invece, viene risolto il dubbio di costituzionalità, sollevato sia dalla Corte di Cassazione sia dalla corte d’Appello di Palermo, degli ulteriori criteri di liquidazione della predetta indennità (art. 5- *bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) in riferimento all’art. 117, primo comma, della Costituzione, e l’art. 6 CEDU e l’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1. Molto consistente la mole di commenti e convegni dedicati alle pronunce, si ricorda qui il volume collettaneo: R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del seminario Ferrara 9 marzo 2007*, Giappichelli, Torino 2007.

³¹⁹ G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Elgar, Cheltenham 2012.

emendamenti e perfezionamenti del meccanismo³²⁰. Gradualmente, attraverso modifiche strutturali e, non secondariamente, grazie all'opera di "chiarificazione, salvaguardia e sviluppo delle norme della Convenzione"³²¹ da parte della Commissione e della Corte, la CEDU, da "a kind of international law insurance policy"³²² destinata a trovare applicazione solo in circostanze particolarmente gravi ed in funzione di protezione contro il rischio di derive totalitarie degli Stati, è diventata uno dei sistemi di

³²⁰ Su tale trasformazione, in generale, E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010.

³²¹ Corte europea (Plenaria), *Irlanda c. Regno Unito*, 17 gennaio 1978, app. n. 5310/71, par. 154: "[the Court's] judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to *elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention*, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties".

³²² L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reforms*, N.P. Engel, Kehl 2006 (pag. 137: in cui la CEDU viene definita "an early warning system to prevent democracies from relapsing into dictatorship"); L. Wildhaber, "The European Court of Human Rights - Reflections of a Past President" in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, 2007, pagg. 8 e ss ("The *Greek Case* [...] was practically the *only case* where it could be claimed that what was in play was a *conflict between democracy and dictatorship*. Instead, most of the cases that came to Strasbourg were of *the type that a constitutional or supreme court* would be expected to deal with *in a pluralist democracy*. To take a well-known example, in the Belgian Linguistic Case of 1968, [...] [the Court] touched on a highly emotional aspect of Belgian politics. Yet it was hardly an issue of democracy versus dictatorship"); J. Polakiewicz, "Europe's multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks" reperibile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa ("The Convention came into existence as a means to bind Europe to fundamental principles with a view to deterring any recurrence of the horrors of the Second World War. However, today, more than sixty years later, *its function cannot be reduced to that sole purpose*. As a 'first step for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration', the ECHR constitutes a common 'shared view' of European human rights law, defining 'the margin within which states may opt for different fundamental balances between government and individuals'").

protezione dei diritti più efficaci e raffinati del panorama globale³²³. Del resto, la compiuta evoluzione del sistema è rispecchiata dalla riforma istituzionale del 1994: con l'adozione del protocollo n. 11 sono stati generalizzati il diritto di ricorso individuale e la giurisdizione della Corte³²⁴ - in passato opzionali e suscettibili di riserva da parte degli Stati aderenti - e, soprattutto, è stato pienamente giurisdizionalizzato il meccanismo di tutela, attraverso l'abolizione della Commissione europea e l'istituzione di un'unica corte permanente. Una corte che, a partire dal 2007, esercita in piene forze la propria giurisdizione 'da Reykjavík a Vladivostok' su un totale di oltre 800 milioni di

³²³ In tali termini, vedi: H. Keller, A. Stone Sweet (eds), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008 (pag. 1: "The European Convention on Human Rights is *the most effective* human rights regime in the world"); S. Greer, *The European convention on human rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2006 (pag. 1 "[the European Convention on Human Rights] is *unique* in providing what is widely regarded as *the most effective transnational judicial process* for complaints brought by individuals and organizations against their own governments and, much less frequently, accusations of violation made by member states against each other"); M. Janis, R. Kay, A. Bradley (eds), *European Human Rights Law. Text and Materials*, Clarendon Press, Oxford 1995, pag. 3 ("The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms establishes not only the world's most successful system of international law for the protection of human rights, but one of the most advanced forms of any kind of international legal process"); L. R. Helfer, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", in *Cornell International Law Journal* vol. 36, 1993, pagg. 133 e ss.; L. R. Helfer, "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime" in *European Journal of International Law* Vol. 19, 2008 (pag. 126: "It is no exaggeration to state that the Convention and its growing and diverse body of case law have transformed Europe's legal and political landscape, qualifying the ECtHR as the world's most effective international human rights tribunal").

³²⁴ Il Protocollo n. 11 ha comportato una vera e propria *ristrutturazione* del sistema di controllo originario del 1950. Il punto centrale della riforma è costituito dalla eliminazione del dualismo che caratterizzava il meccanismo di tutela previgente, che vedeva la presenza di una Corte Europea e di una Commissione, cui si sostituisce un unico organo, denominato anch'esso Corte europea avente competenza obbligatoria. Ulteriori elementi caratterizzanti sono l'eliminazione della funzione paragiurisdizionale del Comitato dei Ministri ed infine la generalizzazione del ricorso individuale, sottratto al gioco delle dichiarazioni facoltative degli Stati. Tuttavia, la riforma non è stata in grado di reggere all'allargamento ad Est del Consiglio d'Europa che ha determinato un sovraccarico del sistema. Si è dunque reso necessario un tentativo di arginare l'aumento esponenziale delle istanze rivolte al giudice di Strasburgo, in numeri evidentemente tali da comprometterne seriamente il funzionamento: a ciò ha provveduto il Protocollo n. 14, anche definito "la riforma della riforma" (filtro per i ricorsi individuali, la competenza del giudice unico a valutare l'ammissibilità di tali ricorsi e un rafforzamento del controllo, ad opera del Comitato dei Ministri, sulla fase esecutiva delle sentenze europee).

Sul Protocollo n. 11, vedi: H.G. Schermers, "Guest Editorial: The new European Court of Human Rights", in *Common Market Law Review*, vol. 35, 1998, pagg. 3 e ss.

soggetti³²⁵; una corte che fissa e aggiorna di volta in volta lo standard europeo in materia di tutela dei diritti fondamentali, alla luce dei cambiamenti della realtà sociale³²⁶. Anticipando un frammento particolarmente significativo dell'argomentazione della Corte costituzionale: occorre tenere conto della peculiarità [della CEDU] rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel *superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci* degli Stati contraenti, [poiché] questi ultimi *hanno istituito un sistema di tutela uniforme* dei diritti fondamentali”³²⁷.

³²⁵ Per quanto riguarda la partecipazione al Consiglio d'Europa e alla CEDU, possiamo ricordare le seguenti adesioni avvenute in seguito al crollo del muro di Berlino e alla dissoluzione dell'Unione Sovietica: Bulgaria, Ungheria (1992), Repubblica Ceca, Polonia, Slovacchia (1993), Romania, Slovenia (1994), Lituania (1995), Albania, Estonia (1996), Croazia, Lettonia, Moldova, Ex Repubblica Iugoslava di Macedonia, Ucraina (1997), Federazione Russa (1998), Georgia (1999), Armenia, Bosnia ed Erzegovina, Azerbaigian (2002), Serbia (2004) e Montenegro (2006). Tale incremento ha comportato anche alcuni problemi di funzionamento della Corte, tanto da farla definire come “vittima del proprio successo” e da rendere necessaria l'adozione di ulteriori protocolli di riforma del sistema, come il protocollo n. 14. Sull'allargamento ad Est delle organizzazioni internazionali (e sovranazionali) europee e le relative implicazioni: O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Giuffrè, Milano 2010. Sul protocollo n. 14: su cui G. Gaja, “Quale nuovo filtro per i ricorsi individuali a Strasburgo?”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4/2010, pagg. 315 e ss.

³²⁶ Sull'interpretazione della Convenzione e argomentazione delle decisioni: M. de Blois, “The Fundamental freedom of the European Court of Human Rights” in R. Lawson and M. de Blois (Eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G.S. Schermers* (Volume III), Dordrecht Martinus Nijhoff, 1994; K. Dzehtsiarou, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights” in *German Law Journal* 2011, pagg. 1730 e ss; H. Keller, A. Stone Sweet (eds), *op. cit.*, (pag. 6: “The Strasbourg Court has interpreted Convention rights in a progressive manner. According to the Court, the ECHR is not static but a living instrument (*Tyrer V. United Kingdom*) and its contents must be read to secure effective rights protection for individuals, as European society evolves. Alongside this teleology of purpose and effectiveness, the Court has developed an overarching comparative methodology, one result of which is to ensure *a creative law-making role for its self*. [...]). Negativamente, su quella viene vista come una ‘degenerazione’ della giurisprudenza internazionale: R. Bin, “Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni” in *Rivista AIC* 4/2018 (“Che la Convenzione sia un ‘living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions’, e che questa debba essere ‘progressive, in the sense that they have gradually extended and raised the level of protection afforded to the rights and freedoms guaranteed by the Convention to develop the European public order’, è un’aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU. La necessità di assicurare la tutela di loro specifici interessi economici ha spinto gli Stati ad affidare alla Corte di giustizia della Comunità europea una funzione unificatrice del diritto in specifici ambiti del loro rispettivo ordinamento; alla Corte EDU, viceversa, non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali”).

³²⁷ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 349/2007, considerato in diritto, par. 6.2.

Inoltre, come evidenziato da alcuni fondamentali studi, il regime convenzionale si è via via dimostrato capace di esercitare una peculiare influenza o impatto negli ordinamenti nazionali³²⁸, anche grazie allo sviluppo di molteplici dottrine sull'effettività della tutela da accordare ai diritti, sostanziatesi nella creazione di strumenti tecnici originali come le misure provvisorie, l'ampliamento del contenuto delle sentenze di condanna e la procedura delle cosiddette sentenze pilota³²⁹.

³²⁸ L'indagine sull'effettiva esistenza e consistenza di un simile impatto è stata condotta da Helen Keller e Alec Stone Sweet nel volume, già citato *supra*, "A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems". In particolare, H. Keller, A. Stone Sweet (eds), *op. cit.*, pag. 677 e ss., in cui: "This book tracks and evaluates the *impact of the ECHR* on eighteen national legal orders. As the reports demonstrate, *the national systems are increasingly ports to the influence of the ECHR and the case law of its Court*. [...] The *impact of the ECHR* is organized by a *complex social process* that we call *reception*. The reports identify a diverse range of *mechanisms* of reception: those stable procedures that national officials construct and use in order to adapt the national legal order to the ECHR, as it develops over time". In una medesima prospettiva, si vedano anche: R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1952-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001; J. Gerards, "The Paradox of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights' Transformative Power", in *Kutafin University Law Review*, volume 4 2017, pagg. 315 e ss.

³²⁹ Sotto il primo profilo, la Corte, previa autonoma previsione nel proprio regolamento, ha sviluppato un sistema di "misure provvisorie", vere e propri provvedimenti d'urgenza che, in accordo alla prassi giurisprudenziale consolidata, vengono disposti ed applicati ove vi sia *pericolo imminente di un danno irreparabile* per uno dei *diritti inviolabili* della Convenzione. Se ne possono riscontrare vari esempi nelle sentenze della Corte, *ex multis*: (Grand Chambre) *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* 4 febbraio 2005 nn. 46827/99 46951/99; (Grand Chambre) *Paladi v. Moldova* 10 marzo 2009 n. 39806/05. In merito al contenuto delle sentenze della Corte, questa ha poi progressivamente superato il carattere tradizionalmente meramente dichiarativo delle pronunce con cui riscontra la violazione di un diritto previsto in Convenzione: sempre più frequentemente, nel corpo delle proprie sentenze, i giudici di Strasburgo individuano le misure individuali e/o generali necessarie per rimuovere l'accertato *vulnus* ai diritti umani e ripristinare così la *convenzionalità* nell'ordinamento interno dello Stato condannato. Se ne possono riscontrare molteplici esempi nella giurisprudenza convenzionale, *ex multis*: (Grand Chambre) *Assanidze c. Georgia*, 8 aprile 2004, n. 71503/01; (Chamber) *Aleksanyan c. Russia*, 22 dicembre 2008, n. 46468/06; (Grand Chambre) *Sejdovic c. Italia* 1 marzo 2006, n. 56581/00. Per quanto riguarda le sentenze cosiddette pilota, si tratta di una procedura che consiste nella decisione della Corte di trattare uno o più ricorsi in via prioritaria rispetto ad una pluralità di istanze seriali. Nel dispositivo della sentenza relativa al caso esaminato indica allo Stato convenuto una soluzione di 'lungo periodo', ovvero misure generali idonee a risolvere ed estirpare tutte le violazioni seriali. Infine, la Corte può avvalersi della facoltà di "congelare" i ricorsi identici pendenti, ovvero può disporre una sospensione del loro esame, in attesa che lo Stato adotti le misure indicate. Tra gli esempi di procedura pilota: Sen. GC *Broniowski c. Polonia* 22 giugno 2004, n. 31443/96; Torreggiani et al. c. Italia. Sulle misure provvisorie: A. Saccucci, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2005. Sull'ampliamento del contenuto delle sentenze: G. Bartolini, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, Jovene editore, 2009. Sulle sentenze pilota: A. Saccucci, "Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6/2012, pag. 264; V. Zagreblesky, "Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di *Broniowski*", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2008

Sul versante interno, specularmente, si assiste ad un moltiplicarsi delle condanne a carico dello Stato italiano per violazioni strutturali della Convenzione, a fronte delle quali andava amplificandosi la sensazione di impotenza dei giudici comuni³³⁰.

Soprattutto, però, reiteratamente fallito il tentativo dei giudici di merito di rendere la Corte costituzionale il giudice della *convenzionalità* della legge, di fronte alle pronunce ambivalenti della giurisdizione costituzionale e al rifiuto di quest'ultima di adottare una dottrina sulla costituzionalizzazione della CEDU, le corti mutano strategia e iniziano ad argomentare circa l'avvenuta 'comunitarizzazione' del trattato sui diritti fondamentali.

A partire dall'inizio del nuovo millennio, sempre più frequentemente i giudici comuni estendono la dottrina *Granital* alle norme della Convenzione, trattate alla stregua di diritto comunitario direttamente applicabile nell'ordinamento interno³³¹. In particolare, i giudici di merito, in caso di contrasto tra norma interna e norma convenzionale, tendevano a disapplicare la norma interna, in maniera del tutto indipendente da

³³⁰ Si allude alle problematiche attinenti il processo e, in particolare al tema della (ir)ragionevole durata del processo, noto a Strasburgo come '*le problème italienne*'. Dato il disinteresse mostrato a livello interno - e anche dalla giurisdizione costituzionale - per ciò che veniva avvertito, come una problematica di mera politica giudiziaria, andarono moltiplicandosi le condanne dello Stato italiano per violazione del diritto ad processo entro un '*termine* temporale *ragionevole*'. Nelle statistiche reperibili sul sito della Corte, con dato aggiornato al 2018, il numero di violazioni del diritto ad una ragionevole durata del processo imputabile all'Italia è pari a 1.194.

Tuttavia, come ricordato da uno dei giudici costituzionali protagonisti dell'apertura del dialogo - nonché redattore di una delle due sentenze 'gemelle'- (G. Silvestri, "Considerazioni conclusive", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018) la genesi delle sentenze deve essere rivenuta "nella pesante condanna pronunciata della Corte di Strasburgo con la sentenza *Scordino*, in cui si era riconosciuto un difetto strutturale della legislazione italiana, sulla cui base si calcolava l'indennità di espropriazione, ritenuta del tutto inadeguata rispetto ad una tutela effettiva del diritto di proprietà. La stessa Corte EDU, infatti, aveva contemporaneamente dichiarato che ciò non fosse riferibile ad una cattiva applicazione della legge in uno specifico caso concreto, non fosse quindi addebitabile ai giudici o agli amministratori. Inoltre veniva ricordata la pendenza di decine di cause analoghe, cd. seriali, che sarebbero state decise necessariamente in conformità, sulla base della 'sentenza pilota' e del concetto di violazione strutturale".

³³¹ Negativamente su tale equiparazione: B. Randazzo, "Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano", in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, Napoli 2006, pagg. 295 e ss. (pag. 328: "Al fondo del ragionamento della Cassazione, come del resto anche dei giudici di merito [...], sembra affacciarsi la tentazione di fare da sé, evitando di ricorrere al giudice delle leggi. [...] Forse è giunto il momento per la Corte costituzionale [...] di esprimere una chiara posizione sul significato da riconoscere al primo comma dell'art. 117 Cost. dopo la modifica del 2001...").

considerazioni sulla forma, sul rango o sulla successione di leggi nel tempo³³². Questa soluzione trovava del resto l'avallo dei giudici di legittimità, ormai pienamente emancipati dalle accuse del passato di indifferenza verso la Convenzione.

In questo preciso contesto fattuale, diversamente dal passato, la Corte costituzionale prende espressamente e univocamente posizione sul ruolo della Convenzione nell'ordinamento italiano, adottando la dottrina che individua nel nuovo articolo 117 Costituzione la copertura costituzionale per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo³³³.

³³² Tribunale di Genova dell'8 novembre 2000 ("La normativa interna - art. 1 co. 183 della legge 662/1996- ai sensi della quale andrebbe disposta, con la compensazione delle spese, la estinzione d'ufficio del presente giudizio a prescindere dalla volontà e dal comportamento delle parti e pur in difetto di uno spontaneo riconoscimento in corso di causa del diritto fatto valere, *va disapplicata da questo giudice per contrasto con l'articolo 6 della Convenzione...*"); Tribunale di Genova del 4 giugno 2001; Commissione tributaria regionale di Milano sentenza del 19 settembre 2000; Corte d'Appello di Roma, ordinanza dell' 11 aprile 2002; Corte d'Appello di Firenze n. 111 del 20 gennaio 2005. Su queste tendenze: B. Randazzo, "Giudici comuni e Corte europea dei diritti" in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La corte costituzionale e le corti d'Europa: atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino 2003, pagg. 217 e ss..

³³³ Art. 117 co. 1 Costituzione: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Tra l'altro, viene evidenziato nella sentenza n. 348/2007, c.d. par. 4.1. che "Il parametro evocato negli atti introduttivi del presente giudizio è l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Il giudice rimettente ricorda infatti che la stessa norma ora censurata è già stata oggetto di scrutinio di costituzionalità da parte di questa Corte, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, allora proposta in relazione agli artt. 3, 24, 42, 53, 71, 72, 113 e 117 Cost. La sentenza citata è stata successivamente confermata da altre pronunce di questa Corte del medesimo tenore. Il rimettente *non chiede oggi alla Corte costituzionale di modificare la propria consolidata giurisprudenza nella materia de qua*, ma mette in rilievo che *il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost., renderebbe necessaria una nuova valutazione della norma censurata* in relazione a questo parametro, *non esistente nel periodo in cui la pregressa giurisprudenza costituzionale si è formata*"; S. Bartole, "Considerazioni brevi sulle possibili alternative", in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU, cit.*, pag. 27-28 ("a ben vedere, la via più facilmente percorribile è quella del primo comma dell'art. 117 nel testo revisionato della Costituzione con la riforma del 2001"); .

Finalmente, la discussione sullo scarto tra forma e sostanza della Convenzione trova una soluzione giuridica³³⁴: l'art. 117 Costituzione è il parametro che permette di attribuire alla Convenzione una posizione sovra-ordinata alle leggi ordinarie dello Stato, consentendo altresì che la stessa funga da parametro di costituzionalità. L'art. 117 Costituzione, il quale “ha illuminato un cono d'ombra del giudizio di costituzionalità delle leggi”³³⁵ ammettendo la Corte a sindacare il rispetto, da parte del Legislatore ordinario, degli impegni assunti in sede internazionale, predispone un meccanismo di “rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata *norma interposta*”³³⁶.

³³⁴ Se ne mostra ben consapevole la Corte, al par. 4.3 della sentenza 348 (“Rimanevano notevoli margini di incertezza, dovuti alla *difficile individuazione del rango delle norme CEDU*, che da una parte si muovevano nell'ambito della *tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana*, ma dall'altra mantenevano la *veste formale di semplici fonti di grado primario*”) e 6.1.1. della sentenza n. 349 (“Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile desumere un *riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima*, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare”).

³³⁵ Sentenza n. 349, *cit.*, par. 6.2.

³³⁶ Sulle norme interposte: R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, *cit.*, (pag. 651: “Si dice ‘parametro di legittimità costituzionale’ quella norma (o quell’insieme di norme) cui la legge deve essere raffrontata per giudicare della sua legittimità costituzionale. Ora, in principio, parametro di legittimità costituzionale può essere solo una norma (o un insieme di norme) di rango costituzionale (artt. 23 co. 1 e 28 legge 87/1953). Talora accade, tuttavia, che le norme costituzionali facciano rinvio a norme di rango legislativo, o comunque di rango sub-costituzionale, esigendone l’osservanza da parte del legislatore. In questi casi, la legittimità costituzionale della legge è *condizionata* all’osservanza non solo delle norme costituzionali, ma altresì delle norme sub-costituzionali cui la costituzione stessa fa rinvio. Si parla a questo proposito di ‘norme interposte’ (interposte fra la costituzione e la legge). Le norme interposte condizionano, al pari delle norme costituzionali, la legittimità costituzionale delle leggi o degli atti aventi forza di legge cui si riferiscono”); C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Milano, Giuffrè, 1957 (“il gruppo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da ‘testi’ costituzionali, siano invocabili solo indirettamente, inserendosi tra essi e le norme legislative che si ritengono viziose altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi norme interposte”); V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984; M. Siclari, *Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità*, Padova, Cedam, 1992.; A. Spadaro, “Dalla Costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla Costituzione come ‘processo (storico)’. Ovvero dalla continua ‘evoluzione’ del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, in *Quaderni Costituzionali* 3/1998, (pag. 399: “In effetti e a rigore, dunque, le c.d. ‘norme interposte’ non sono stricto sensu componenti del parametro costituzionale, ma solo strumenti, talvolta decisivi, di determinazione di tale parametro che – in questi casi – talvolta si presenta, nella sua diretta e originaria formulazione, come un guscio vuoto che ‘altri’ dovrà riempire”); S. M. Cicconetti, “Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte” in *Rivista AIC* 4/2011.

Si tratta, chiaramente dell'adozione di una prospettiva tecnicizzata, solida e non contestabile³³⁷ o, come è stata (criticamente) appellata "d'ispirazione formale- astratta"³³⁸: la tensione tra forma e sostanza delle norme convenzionale è conciliata in modo tale da preservare e l'una e l'altra. Nelle parole dell'estensore di una delle due sentenze gemelle, siamo di fronte ad una "soluzione intermedia" tra "radicale apertura" alla giurisprudenza di Strasburgo e "radicale chiusura" del testo costituzionale³³⁹.

Nel caso della Convenzione europea, vi è una peculiarità che vale a distinguerla dagli altri *comuni* accordi internazionali: la istituzione di un organo giurisdizionale, la Corte

³³⁷ Sentenza 348, *cit.*, al par. 4.5. in cui: "La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte, ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli 'obblighi internazionali' che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato").

³³⁸ A. Ruggeri, "La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)" in *Forum Quaderni Costituzionali*, in cui: "Una giurisprudenza [...] saldamente legata a schemi collaudati del passato (d'ispirazione formale- astratta) [...]. L'impianto di fondo risente fortemente del condizionamento esercitato da una tradizione teorica largamente diffusa e ramificata, che vede nelle Carte dei diritti (e, segnatamente, nella CEDU) dei comuni trattati internazionali". Dello stesso Autore, si veda anche: A. Ruggeri, "La tutela 'multilivello' dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali" in *Politica del diritto* 3/2007, pagg. 317 e ss.

³³⁹ G. Silvestri, "Considerazioni conclusive", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. pag. 3

europea dei diritti dell'uomo cui gli Stati hanno riconosciuto una "funzione interpretativa eminente"³⁴⁰.

Da tale situazione discende, in primo luogo che, "poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto", sussiste l'obbligo di adeguare la legislazione alle norme di tale trattato *nel significato loro attribuito* dalla Corte di Strasburgo. In ogni caso, detto giudice ha la *parola ultima* sull'interpretazione della CEDU e garantisce la "definitiva uniformità di applicazione" del Trattato nel sistema degli Stati aderenti³⁴¹.

La decisione di focalizzarsi sull'art. 117 Costituzione ha l'effetto, inoltre, di rafforzare il ruolo del giudice costituzionale.

Secondo quanto rilevato dalla maggioranza dei commentatori alla Corte costituzionale preme salvaguardare il carattere accentrato del sindacato di costituzionale e limitare

³⁴⁰ Sentenza n. 349, *cit.*, par. 6.2. ("In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua *peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali*, peculiarità che consiste nel *superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci* degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. [...] In considerazione di questi caratteri della Convenzione, *la rilevanza* di quest'ultima, così come interpretata dal 'suo' giudice, rispetto al diritto interno *è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti*, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale". Nella sentenza n. 348, par. 4.6. ("La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, *la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale*, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa").

³⁴¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 348/2007, c.d. par. 4.6.: "La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, *la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale*, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. [...] *Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto*, i giudici in primo luogo, *la naturale conseguenza* che deriva dall'art. 32, paragrafo 1 della Convenzione *è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme* (rectius: disposizioni) *di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*"; par. 4.7, ancora più chiaramente: "poiché le norme (rectius: disposizioni) CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare *la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata*". Vedi anche, sentenza della Corte costituzionale n. 349/07, c.d. par. 6: "In considerazione di questi caratteri della Convenzione, *la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal 'suo' giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali*, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale".

l'attivismo dei giudici comuni sui diritti sulla falsariga di quanto avviene per il diritto comunitario³⁴².

Facendo leva sull'art. 117 Costituzione e sul meccanismo delle norme interposte, la Corte costituzionale attrae nella propria sfera di competenza tutti i casi di contrasto tra norme primarie e norme convenzionali, escludendo un sistema di intervento diffuso da parte del giudice ordinario o amministrativo³⁴³. L'obbligo per il legislatore di rispettare gli obblighi internazionali in generale (e la Convenzione in particolare) si traduce in una questione di legittimità della legge interna eventualmente contrastante, esclusiva competenza, ex 134 Cost., del giudice costituzionale.

Viene così recuperata la soluzione che era stata proposta in relazione al diritto comunitario nella sentenza n. 232 del 1975 della Corte costituzionale: soluzione che - è appena il caso di ricordarlo - era stata censurata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Simmenthal*. Non a caso, nell'economia del ragionamento giuridico delle due sentenze, non poco spazio è dedicato a mettere in luce le differenze esistenti tra il sistema dell'Unione europea e il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, di conseguenza, al differente trattamento che le norme convenzionali e le norme comunitarie ricevono all'interno dell'ordinamento italiano³⁴⁴.

Sotto il primo profilo, la differenziazione tra Unione europea e CEDU, che è funzionale ad evidenziare l'impossibilità di fare riferimento all'art. 11 Costituzione in relazione alla Convenzione, è affermata dalla Corte costituzionale facendo riferimento a concetti

³⁴² Sul punto, vedi il *Report* sull'Italia in G. Martinico, O. Pollinico (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, cit., (pag. 286: "the Constitutional Court's adherence to the third thesis [...] in relation to the meaning to be attributed to article 117 paragraph 1 of the Constitution has a specific goal. It is evident that [...] the Court has managed to halt the activist approach adopted in recent years by the ordinary courts. [...] In other words, with regard to the interpretation of the ECHR, the Constitutional Court is not willing to be bypassed by the ordinary courts").

³⁴³ Sentenza della Corte n. 348, cit., par. 4.3: "il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost, se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra *attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte*, poiché *gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale*".

³⁴⁴ In entrambe le sentenze, la Corte tiene ferma la propria precedente giurisprudenza sulla inidoneità delle norme pattizie ad operare entro le maglie dell'art. 10 co. 1 Costituzione (sentenza 348/2007, par. 3.4 e sentenza 349/2007 par. 6.1). Essa si sofferma particolarmente sull'impossibilità di utilizzare l'art. 11 Costituzione, mentre manca qualunque riferimento alla tesi incentrata sull'art. 2 Costituzione.

di ordinamento (sovranazionale) e di limitazione di sovranità. Come già (apoditticamente) affermato in un precedente degli anni Ottanta, rispetto alla Convenzione non è riscontrabile alcuna limitazione di sovranità³⁴⁵: diversamente, invece, l'Unione Europea ha creato un "ordinamento giuridico sopranazionale" nel quale l'ordinamento giuridico italiano è stato "incorporato", capace di produrre, per il tramite dei propri "organi deliberativi", "norme direttamente applicabili negli Stati", ovvero "norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri"³⁴⁶.

Da tali tesi dogmatiche deriva non solo (e non tanto) l'impossibilità di fare riferimento all'art. 11 Costituzione per offrire una copertura costituzionale alla Convenzione, ma soprattutto l'impossibilità di considerare le norme convenzionali dotate di effetto diretto: "nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente"³⁴⁷.

³⁴⁵ Sentenza n. 349, par. 6.1.: "Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una 'materia' in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità".

³⁴⁶ Sentenza 348/2007, par. 3.3. "Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un 'ordinamento' più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano 'obblighi' per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri".

³⁴⁷ Sentenza 349/2007, par. 6.1. Vedi anche sentenza 348, par. 3.3.: "La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto".

È parimenti impossibile considerare le norme convenzionali comunitarizzate per il tramite della categoria dei principi generali del diritto dell'Unione: Consiglio d'Europa e Unione sono realtà "giuridiche, funzionali, istituzionali distinte"; il campo applicativo dei diritti fondamentali dell'Unione in quanto principio generale è limitato agli atti comunitari, agli atti nazionali di *stretta* attuazione e alle deroghe al diritto comunitario; infine, i rapporti tra Stato e CEDU hanno una rilevanza meramente interna.

Tale conclusione, per inciso, sarà poi mantenuta ferma dalla Corte costituzionale anche successivamente, quando, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si rafforzò il coro di opinioni di chi riteneva di poter attribuire alla norma CEDU lo stesso trattamento della norma UE. Nella pronuncia n. 80 del 2011, la Corte costituzionale nega che il Trattato di Lisbona abbia determinato eventuali mutamenti della gerarchia delle fonti precedentemente fissata nelle sentenze gemelle e, in particolare, la Corte nega recisamente la possibilità per il giudice di dare vita ad una disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme convenzionali³⁴⁸.

A chiusura di entrambe le pronunce, la Corte costituzionale effettua una precisazione che riguarda la gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano.

Da una parte, infatti si è detto che in quanto norme interposte, le disposizioni della CEDU *così come* interpretate dalla Corte europea sono parametriche rispetto alla legge ordinaria e, dunque, formalmente e materialmente sovra-ordinate a quest'ultima. Conseguenza è che una volta riscontrata una antinomia, reputata insanabile in via interpretativa, tra una norma interna e una norma convenzionale, il giudice rimetta alla

³⁴⁸ Per farlo, la Corte costituzionale interpreta l'art. 6 TUE, che menziona i numerosi 'strati normativi' in cui si sostanzia la protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. In primo luogo - ed il rilievo è quasi scontato -, non essendosi ancora perfezionata l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, è da escludersi che la Convenzione possa essere inclusa tra le fonti del diritto comunitario ammantate di primazia sulle fonti interne e/o tra le fonti produttive di effetti diretti nell'ordinamento. Deve essere del pari scartata, secondo la Corte, la possibilità di considerare la Convenzione direttamente applicabile in quanto fonte d'ispirazione dei "principi generali" del diritto comunitario: Consiglio d'Europa e Unione sono realtà "giuridiche, funzionali, istituzionali distinte"; i principi trovano applicazione ristretta ai soli atti comunitari, ad atti nazionali di stretta attuazione del diritto comunitario e a deroghe al diritto comunitario; i rapporti tra Stato e CEDU hanno una rilevanza interna. Le medesime considerazioni, del resto, possono essere proposte relativamente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa infatti, per espressa disposizione e giurisprudenza trova applicazione quando la fattispecie sia disciplinata dal diritto UE; sia inerente ad atti dell'unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto UE ovvero costituisca una giustificazione per derogare al diritto UE.

Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Costituzione.

Dall'altra parte, però, le norme convenzionali non acquistano, mercé il rinvio di 117 Costituzione, "forza costituzionale" bensì "rimangono pur sempre poste ad un livello sub-costituzionale" e, dunque, materialmente sotto-ordinate a questa³⁴⁹. Ne discende, perciò, la *piena* assoggettabilità di quest'ultime ad un controllo di costituzionalità che non si limita, come avviene per il diritto comunitario, a quella parte di Costituzione assiologicamente connotata costituita dai principi supremi dell'ordinamento³⁵⁰.

Non è detto, infatti, che il contrasto tra una norma interna ordinaria e una norma convenzionale debba necessariamente risolversi nella declaratoria di incostituzionalità per violazione della norma interposta: per poter essere operative, queste devono essere giudicate compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano. In definitiva, nell'accogliere simili questioni di costituzionalità, la Corte, di volta in volta, dovrà valutare, da una parte, se la norma interna contrasta con "l'obbligo di rispettare gli impegni internazionali" assunti con la ratifica della CEDU, dall'altra, se detto contrasto non trovi la sua ragione d'essere nella tutela di altri diritti o principi costituzionali: in definitiva, il controllo di convenzionalità effettuato dalla Corte costituzionale "deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione"³⁵¹.

³⁴⁹ Sentenza 348/2007, par. 4.7 ("Quanto detto sinora *non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. [...] L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione*").

³⁵⁰ Sentenza 349/2007, par. 6.2 ("[la norma convenzionale] è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. [...] Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, ma di *verificare la compatibilità della norma CEDU*, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, *con le pertinenti norme della Costituzione*. In tal modo, risulta realizzato un *corretto bilanciamento* tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa").

³⁵¹ Così, testualmente, 348/2007.

Il principio di *apertura* alla Convenzione, di rango costituzionale, ricavato dall'art. 117, è, in quanto tale, fisiologicamente suscettibile di entrare in conflitto con altri principi o diritti fondamentali contenuti in Costituzione: può, dunque, risultare necessario che il Giudice costituzionale dia vita a quelle ordinarie operazioni di ponderazione tra principi che gli sono *naturalmente* demandate.

A conclusione, il giudice costituzionale tratteggia, anche se in termini non del tutto intellegibili, le conseguenze che dovrebbero derivare dall'esistenza di un contrasto tra una norma CEDU e una costituzionale: la dichiarazione della "inidoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro di cui all'art. 117 Costituzione" e la necessità che questa venga "nei modi rituali", espunta dall'ordinamento³⁵².

4. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo

4.1. Integrazione delle tutele e massima espansione sistemica delle garanzie

Le sentenze gemelle, in definitiva, realizzano sul piano formale un ampliamento del *bloc de constitutionnalité* su cui la Corte costituzionale è ammessa a pronunciarsi, evitando l'ulteriore contaminazione del sistema accentrato di giustizia costituzionale italiano con elementi propri dei sistemi diffusi.

³⁵² Così, testualmente, sent. 348/2007, *cit.* Anche se non è del tutto chiaro quali siano le modalità 'di rito' cui il giudice relatore fa riferimento (vedi le perplessità espresse in: F. Viganò, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra 'guerra' e 'dialogo'", in S. Sonelli, G. Raimondo (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro. Atti del convegno, Modena, 25 ottobre 2013*, Giappichelli, Torino 2015 ("Come debba però esercitarsi questo controllo, resta nelle sentenze gemelle non chiarito. In particolare, non è affatto chiaro se la Corte intenda riservarsi il potere di dichiarare l'illegittimità dello stesso obbligo internazionale assunto come parametro (sollevando innanzi a sé, d'ufficio, la relativa questione, nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il contrasto tra una legge ordinaria e tale obbligo internazionale); oppure, più semplicemente, intenda riservarsi il potere di dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge interna, 'disapplicando' – per così dire – in via incidentale l'obbligo internazionale in quanto in contrasto con la stessa Costituzione, e pertanto disconoscendogli l'effetto tipico di determinare l'illegittimità costituzionale delle norme di legge nazionali incompatibili"), nella successiva sentenza n. 49 del 2015, su cui vedi *infra*, in cui "La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione è inammissibile, anzitutto perché erroneamente ha per oggetto l'art. [...] anziché la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della CEDU), nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità".

Secondo la dottrina delle “norme interposte”, la Corte costituzionale, in perfetta linea con il proprio ruolo di giudice accentrato della costituzionalità della legge, si troverà a confronto con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo in tutte le ipotesi in cui il giudice comune ritenga di ravvisare un contrasto tra una norma interna e una norma convenzionale, reputato non sanabile tramite interpretazione conforme.

In tali evenienze, compete alla Corte costituzionale la verifica circa l’effettiva sussistenza di tale contrasto e circa l’effettiva impossibilità di praticare una interpretazione conforme alla norma convenzionale. Inoltre, la Corte dovrà verificare “se la norma della CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione”³⁵³. Si tratta, del resto, di una affermazione del tutto coerente con la differenziazione tra Costituzione e Convenzione su cui si basa l’impianto delle sentenze gemelle: dall’affermazione del rango “sub-costituzionale” della Convenzione europea discende il potere di sindacarne la compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano a tutto tondo³⁵⁴. In termini molto netti, anzi, l’esigenza che le norme convenzionali siano reputate conformi alla Costituzione è definita “assoluta e inderogabile” e a tale condizione è subordinata la

³⁵³ Sentenza della Corte costituzionale 311/2007, (redattore Giuseppe Tesauro), considerato in diritto par. 6: “Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. [...] Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l’interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione”.

³⁵⁴ Si vedano, del resto, le affermazioni univoche contenute nella sentenza n. 348/2007 al par. 4.7, per cui: “Quanto detto sinora *non significa che le norme della CEDU*, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, *acquistano la forza delle norme costituzionali* e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di *norme* che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono *pur sempre ad un livello sub-costituzionale*, è necessario che esse siano conformi a Costituzione”.

loro stessa operatività nell'ordinamento costituzionale “che non può essere modificato da fonti *esterne*”³⁵⁵.

Ben presto, tuttavia, nella giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze gemelle fa la sua comparsa una diversa definizione dei rapporti tra Costituzione e Convenzione: la CEDU, infatti, viene posta “sullo stesso piano” della Costituzione³⁵⁶.

La discontinuità nel linguaggio del giudice costituzionale, pur non essendo dallo stesso segnalata o altrimenti giustificata, è netta ed evidente.

L'affermazione circa la sussistenza di una gerarchia tra documenti cede il passo alla prospettiva della *integrazione* delle tutele, della loro *compenetrazione*, della

³⁵⁵ *Ibidem*: “La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che *lo scrutinio di costituzionalità* non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma *debba estendersi ad ogni profilo di contrasto* tra le ‘norme interposte’ e quelle costituzionali. [...] *In occasione di ogni questione* nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha *il dovere* di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad *espungerla dall'ordinamento giuridico italiano*”.

³⁵⁶ A. Ruggeri, “Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)” in *Forum di Quaderni Costituzionali*, mette ben in evidenza la differenza prospettiva della Corte: “Ancora nel 2007, la preoccupazione maggiore del giudice delle leggi, al momento in cui riconosceva l'attitudine della CEDU (e del diritto internazionale in genere) a porsi a parametro della validità delle leggi, era di avvertire che le norme di origine esterna, astrattamente idonee a porsi a parametro delle norme interne, soggiacciono nondimeno ad una previa verifica della loro conformità a (tutta la) Costituzione. [...] La ‘logica’ sottesa a quest'impianto era quella della *distinzione* e della sempre possibile *contrapposizione* tra le norme: una ‘logica’ che porta di necessità ad una *scelta*, per disagiata e sofferta che sia, una scelta di *esclusione*, di *aut-aut* insomma. Questa eventualità – sia chiaro – non è oggi *a priori* scartata. Solo che la Corte, nel momento stesso in cui sposta l'obiettivo sulla tutela più ‘intensa’ innalza e dispone naturalmente la CEDU *allo stesso piano* in cui stanno le norme costituzionali relative ai diritti. [...] Il raffronto, infatti, non è più *solo* tra la tutela apprestata dalla legge comune e quella data dalla Convenzione; è *anche* (e soprattutto) con la Costituzione. Ciò che poi maggiormente importa è che esso si apre ad ogni suo possibile esito: tanto, dunque, nel senso di portare all'uscita di scena della norma convenzionale, obbligata a cedere il passo a quella interna, in linea con le indicazioni di valore risultanti dalla Carta costituzionale, quanto però nel verso opposto, di dar spazio alla norma convenzionale, facendo venire meno quella interna. [...] Per quest'aspetto, migliore riconoscimento della *forza “paracostituzionale”* della Convenzione (e, generalizzando, anche di altre Carte dei diritti) non potrebbe aversi!); D. Butturini “La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009”, in *Giurisprudenza costituzionale* 2/2010, parla di “concezione non formale in ordine alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive” della Corte costituzionale (pag. 1819-1820) e di “indifferenza rispetto alla dislocazione ordinamentale nella quale risiede la ‘migliore tutela’ del diritto fondamentale”.

coesistenza, nel medesimo spazio, di due sistemi, volti entrambi ad un medesimo obiettivo³⁵⁷.

Il riferimento alla gerarchia materiale sussistente tra Costituzione e Convenzione, infatti, si svuota di senso, assumendo i contorni di una clausola di stile e, in sentenze di poco successive, si legge che la norma convenzionale, nel momento in cui va ad integrare l'art. 117 co. 1, "da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti"³⁵⁸.

Così moltiplicandosi le già consistenti possibilità di conflitti tra diritti e principi di rilevanza costituzionale, il fulcro del giudizio di costituzionalità della legge è rappresentato dalle "ordinarie operazioni di interpretazione e *bilanciamento*" di

³⁵⁷ Paradigma di tale modo di concepire i rapporti tra Convenzione e Costituzione la sentenza della Corte costituzionale n. 317/2009 (redattore Gaetano Silvestri), considerato in diritto, par. 7.; si veda anche la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 264/2012 (redattore Mario Rosario Morelli), considerato in diritto, par. 4.1.: "La *norma CEDU*, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, *diviene oggetto di bilanciamento*, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla *integrazione* delle tutele".

Vedi sempre G. Silvestri, "L'individuazione dei diritti della persona" (Relazione presentata al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale Prof. G.D. Pisapia, intitolato "Diritti della persona e nuove sfide del processo penale", tenutosi a Salerno dal 25 al 27 ottobre 2018: "tra norme nazionali, sovranazionali e internazionali di tutela dei diritti fondamentali si svolge – lo vogliano o no alcuni teorici del diritto – *un continuo processo di integrazione e fertilizzazione*, che avviene in vari modi: in via interpretativa o in via di efficacia diretta, con conseguente *bilanciamento*. Per non restare ancorati a vecchi schemi – validi per lo Stato nazionale monoclasse della tradizione liberale ottocentesca – *occorre discostarsi dal criterio di gerarchia* nell'ordine delle fonti del diritto, non per recepire, puramente e semplicemente, un criterio di separazione delle competenze, che proporrebbe, in ambito internazionale e sovranazionale, nuovi conflitti, ma *per approdare ad una integrazione delle tutele orientata dal principio di massima espansione dei diritti fondamentali*. Ciò non significa obliterare – come qualcuno vorrebbe – il punto fermo dell'attribuzione di competenze, normative e giurisdizionali, a ciascun organo decidente, ma aprire la strada ad *interazioni virtuose* nel segno dell'*incremento di tutela* dei diritti fondamentali").

³⁵⁸ Sentenza 317/2009, par 7 in cui "la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., *da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti*, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza"). Vedi anche: A. Ruggeri, "Rapporti tra Corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti' mobili, a garanzia dei diritti fondamentali", in *Rivista AIC* 1/2012 ("Per un verso, infatti, la CEDU seguita ad essere definita quale fonte 'subcostituzionale', in linea con l'indicazione al riguardo data dalle sentenze del 2007; si esclude, tuttavia, che la stessa, malgrado la copertura offertavi dal I c. dell'art. 117, occupi una posizione di sovraordinazione gerarchica nei riguardi delle leggi. Allo stesso tempo, si dichiara però che, integrando il parametro costituzionale, la norma di origine esterna 'da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti')").

competenza della Corte costituzionale, che ora coinvolgono anche la Convenzione e, per il tramite di essa, gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo³⁵⁹.

La Corte costituzionale, poi, afferma di effettuare un “esame congiunto” dei parametri costituzionali e di quelli convenzionali: parametri che, del resto, devono essere “letti in rapporto” tra loro, poiché il formante convenzionale permette “lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i *medesimi* diritti”³⁶⁰.

Ancora, quando viene chiamata a valutare la costituzionalità di un atto legislativo interno in riferimento ad un contenuto di derivazione convenzionale, la Corte costituzionale non effettua il preliminare scrutinio di costituzionalità della norma convenzionale, al fine di stabilirne l’idoneità a fungere da parametro interposto. Quel preliminare vaglio di compatibilità con l’ordinamento costituzionale tutto, conseguenza necessaria del rango infra-costituzionale assegnato alle norme convenzionali nelle sentenze gemelle, si trasforma e diventa un *confronto* tra diversi ‘livelli di tutela’, espressi da istanze normative pari grado: non si può consentire “che [...] faccia ingresso nell’ordinamento un livello di tutela inferiore a quello già esistente internamente”; né si può permettere “che una tutela superiore rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale”³⁶¹.

Il ‘livello’ di tutela può dirsi superiore quando sia rispondente al criterio della “massima espansione delle garanzie”; criterio che è, al contempo, scopo e obiettivo che accomuna il sistema di tutela costituzionale e quello convenzionale. Per comparare i differenti livelli occorre effettuare una “valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti

³⁵⁹ Del resto, la Costituzione italiana è percepita come “fatta soprattutto di principi” (sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013). Sulla diffusione e l’insistenza del ragionamento giuridico moderno sul bilanciamento e sulla “age of balancing” (per riprendere la felice formula di Aleinikoff) italiana, vedi: G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., pag. 42 e 44: “...Con la conseguenza che, nel costituzionalismo contemporaneo anche questo aspetto della amministrazione dei diritti fondamentali non sarà più solo una questione di decisione politica, quale quella che può essere adottata per l’appunto dal legislatore, ma sarà anche una questione di interpretazione e argomentazione *giuridica*”.

³⁶⁰ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 191/2014, (redattore Marta Cartabia), considerato in diritto, par. 4: “Occorre anzitutto evidenziare la violazione dell’art. 111, primo comma, Cost., insieme con quella dell’art. 117, primo comma, Cost. in relazione all’art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, i quali, secondo un consolidato orientamento, devono essere fatti valere congiuntamente per consentire a questa Corte di effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata...”

³⁶¹ Sentenza 317/2009, par 7.

dalla norma” oggetto di scrutinio, adottando nel ragionamento giuridico il “bilanciamento” che assicuri “la ‘*massima espansione delle garanzie*’ di *tutti* i diritti e i principi rilevanti, *costituzionali e sovranazionali*, complessivamente considerati, che *sempre* si trovano in rapporto di integrazione reciproca”³⁶².

La soluzione da preferire sarà quella - costituzionale o convenzionale, poco importa - che “assicura la massima contestuale garanzia di tutti i diritti”³⁶³. La Corte costituzionale muove, evidentemente, dall’idea che il bilanciamento costituisca una operazione giuridica con cui effettuare una ‘composizione’ di valori o mediante la quale

³⁶² Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 170/2013 (redattore Marta Cartabia), par. 4.2.

³⁶³ M. Cartabia, “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” in *Rivista AIC* 3/2017, pag. 14.

raggiungere un ‘equilibrio’ tra valori o principi fondamentali o, ancora e più semplicemente, un ‘contemperamento’ di valori³⁶⁴.

Il giudizio della Corte - con terminologia presa a prestito dalla stessa Corte europea: l’esercizio del “margine di apprezzamento” appartenente al giudice costituzionale³⁶⁵ - viene espressamente e scopertamente condotto alla luce di un criterio di valore: la questione sarà accolta - e l’ordinamento si *aprirà* all’orientamento della Corte di

³⁶⁴ Esemplificativa del modo della Corte costituzionale di concepire i diritti fondamentali, le loro interazioni e lo stesso *bilanciamento* dei diritti, è la sentenza n. 85/2013 (redattore Gaetano Silvestri), considerato in diritto, par. 9: “*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione* si trovano in rapporto di *integrazione reciproca* e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro’. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...] [nella Costituzione non vi è] una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, *richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali*, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché *dinamico e non prefissato in anticipo*, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – *secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*”.

Diversamente: R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pagg. 142 e ss.; Id., “Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali” in *Ragion pratica* 1/2006 (pag. 158: “La ponderazione consiste nello stabilire tra i due principi in conflitto una gerarchia assiologica mobile. [...] La ponderazione, dunque, non è una ‘conciliazione’. Non consiste nel ‘mettere in accordo’ i due principi in conflitto, o nel trovare un punto di ‘equilibrio’ tra di essi. Non consiste nell’applicazione e nel sacrificio parziali dei due principi. Uno dei due principi è applicato, l’altro è decisamente accantonato”). Nel medesimo senso, tuttavia, si veda la sentenza 264 del 2012 che, infatti, rigetta la questione di costituzionalità per violazione dell’art. 117 co. 1 Cost., pur a fronte di una specifica condanna dello Stato italiano nella sentenza *Maggio c. Italie*, par. 5.3 considerato in diritto, in cui: “tuttavia, nell’attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell’interesse sotteso al parametro come sopra integrato *prevale* quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata”.

Sulle diverse concezioni di “bilanciamento”: T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, in *Yale Law Journal*, vol. 96 1987 pagg. 943 e ss. (pag. 946: The balancing metaphor takes two distinct forms. Sometimes the Court talks about *one interest outweighing another*. [...] The Court employs a different version of balancing when it speaks of ‘striking a balance’ between or among competing interests”); P. Chiassoni “La bilanza inesistente” in *Analisi e diritto*, 1/2019, pagg. 165 e ss. (“Cabe advertir, sin embargo, que en la literatura se encuentran (por lo menos) dos principios de ponderación diferentes: el principio de ponderación por superación y el principio de ponderación por reconciliación”); A. Morrone, “Bilanciamento” in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 2014,

³⁶⁵ Alla Corte costituzionale, compete, insomma, “apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma *con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico* in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi” (Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 236/2011 (redattore Giorgio Lattanzi), considerato in diritto par. 9)

Strasburgo -, qualora ne derivi “un plus di tutela per *tutto* il sistema dei diritti”³⁶⁶. Insomma, l’apertura alle *ragioni* convenzionali è condizionata da un risultato dell’integrazione delle garanzie “di segno positivo”, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un “plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”³⁶⁷.

Evidentemente, tale valutazione compete esclusivamente all’autorità - giudiziaria costituzionale nazionale³⁶⁸, l’unica in grado di effettuare una “valutazione sistemica e non isolata” dei valori coinvolti nel caso concreto, laddove la Corte Edu offre una tutela dei diritti “parcellizzata”³⁶⁹.

La Corte - ed essa sola - è, quindi, di volta in volta chiamata a stabilire dove si fissa il punto di sintesi (asseritamente) più alto ovvero la tutela (asseritamente) più intensa di tutti i diritti coinvolti, costituzionali e convenzionali³⁷⁰.

³⁶⁶ Sempre esemplificativa, la sentenza della Corte n. 317/2009, par. 7. (“Nel *concetto di massima espansione delle tutele* deve essere *compreso* il necessario *bilanciamento* con *altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali. [...] a questa Corte, non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”); nello stesso solco, anche la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 68/2017 (redattore Giorgio Lattanzi), considerato in diritto, par. 7, in cui: “il recepimento della CEDU nell’ordinamento giuridico si muove nel segno dell’incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento”. Prosegue, nella sua relazione già menzionata, il giudice Gaetano Silvestri: “Nel rispetto rigoroso della propria sfera di competenza – evitando la tentazione di ‘arrivare per primo’ a dare tutela ad un interesse ritenuto meritevole – è possibile utilizzare norme poste su diversi livelli, allo scopo di costruire nuove norme, per il legislatore, o nuove combinazioni di norme esistenti, per gli organi giurisdizionali. Ciò risulta possibile per l’innegabile ‘porosità’ dei modelli di tutela, a patto che si abbia una ‘stella polare’, che possa orientare sia il legislatore che l’interprete *nella selva di norme di rango costituzionale situate in ordinamenti diversi*. Questo punto di riferimento generale, mi sembra essere il già citato *principio di massima espansione dei diritti fondamentali*”.

³⁶⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 317/2009, par. 7.

³⁶⁸ E non al Legislatore democraticamente eletto e politicamente responsabile.

³⁶⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012.

³⁷⁰ R. Romboli, *op. cit.*, (pag. 627: “la Corte costituzionale, [...] si è riservata la valutazione circa la misura in cui la Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano. [...] [alla] Corte costituzionale [...] spetta comunque [...] la valutazione in ordine all’impatto nell’ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte europea”).

4.2. La dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione: evoluzioni, limiti, problemi

Un altro effetto delle sentenze gemelle è quello di aver attratto la quotidiana attività del giudice comune - di merito e particolarmente di legittimità - nell'ambito della Convenzione. Questo avviene, in particolare, grazie alla formulazione, da parte della Corte costituzionale, della dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione³⁷¹.

L'affermazione della sussistenza di una gerarchia materiale tra Convenzione e legge ordinaria si risolve, sul piano dell'interpretazione, nella direttiva di praticare una interpretazione della disposizione interna in modo conforme a, e non contrastante con,

³⁷¹ L'interpretazione conforme a 'qualche cosa' può considerarsi specificazione della cosiddetta "interpretazione adeguatrice", la quale è, a sua volta "una specie del genere interpretazione sistematica latamente intesa" (così, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pag. 301: "L'interpretazione adeguatrice - una specie del genere interpretazione sistematica latamente intesa- è quella interpretazione che previene e antinomie e/o le congruenze assiologie tra norme espresse da testi normativi *diversi* e *gerarchicamente ordinati*, evitando di ricavare da una data disposizione una norma che sarebbe in conflitto con un'altra norma, previamente ricavata da una disposizione appartenente a un testo normativo diverso e gerarchicamente *superiore*"). L'Autore evidenzia che la gerarchia in questione può essere, indifferentemente, materiale, strutturale o assiologica.

Nella voce enciclopedica dedicata all' "Interpretazione conforme", Massimo Luciani individua un duplice "denominatore comune" alle varietà di operazioni differenti ricomprese nell'etichetta 'interpretazione adeguatrice'. In particolare, si tratta, da una parte, degli aspetti riconducibili al principio di conservazione delle fonti e dall'altra, degli aspetti che rendono l'interpretazione conforme "una tecnica di governo del pluralismo degli ordinamenti giuridici e delle fonti". In particolare, secondo l'Autore, "l'altro elemento comune a tutte le tipologie di interpretazione conforme è la natura di tecnica di governo del pluralismo degli ordinamenti e delle fonti. L'interpretazione conforme, infatti, è una pratica che consente di ridurre le distanze tra fonti e ordinamenti, armonizzando, nella misura del possibile, i contenuti di serie normative non coincidenti per origine e per legittimazione, in modo tale da recuperare sul piano - diciamo così - procedurale un'unità che è assente su quello strutturale. [...] Non è meno evidente, tuttavia, che la questione dell'interpretazione conforme si pone con particolare urgenza negli ordinamenti complessi, nei quali la varietà del pluralismo sociale trova pieno rispecchiamento nella pluralità delle fonti di produzione del diritto. Quando, poi, l'ordinamento pluralista è anche ordinamento aperto, nel senso che consente, a condizioni più o meno rigorose, l'ingresso di norme di ordinamenti diversi, la questione dell'interpretazione conforme non riguarda più i rapporti interni al sistema delle fonti, ma quelli esterni fra i vari ordinamenti". Così: M. Luciani, "Interpretazione conforme a costituzione", in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano Giuffrè, 2016, pag. 102. Sull'interpretazione, in generale, e adeguatrice, in particolare: P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999 (particolarmente pag. 297 e ss.); ID, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007.

la CEDU³⁷². Il giudice è, nelle parole della Corte costituzionale “giudice comune della Convenzione”³⁷³ ed è pertanto invitato, a parità di interpretazioni-prodotto ricavabili da una medesima disposizione interna, a preferire quella conforme alla Convenzione³⁷⁴. Qualora l’organo giurisdizionale identifichi una antinomia - e dunque, “qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell’interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto” -, non potendo “fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia

³⁷² Cenni in merito all’interpretazione conforme alla Convenzione sono rinvenibili già nelle sentenze gemelle del 2007. Si veda, infatti, sentenza 349/2007, par. 6.2. (“al giudice comune spetta interpretare la norma interna *in modo conforme alla disposizione internazionale*, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione”); sentenza 348/2007, par. 5 (“Alla luce dei principi metodologici illustrati sino a questo punto, lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto dalla Corte rimettente deve essere condotto in modo da verificare: a) *se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU*, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all’art. 117, primo comma, Costituzione”). Giuseppe Tesaro, giudice della Corte costituzionale - nonché redattore della sentenza n. 311 del 2009, si esprime sul punto in termini netti: “in definitiva, l’attribuzione della competenza ad interpretare la Convenzione alla Corte europea si traduce nella sostanza in *un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme*, in particolare in capo ai giudici nazionali” (Così: G. Tesaro, “Costituzione e norme esterne” in *Il diritto dell’Unione europea* 2/2009, pag.195). Tuttavia, altri ritengono che “nell’interpretare la legge, i giudici non hanno altro obbligo se non quello, [stabilito per legge], di attribuire ad essa il senso ‘fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore’. Sicché l’interpretazione adeguatrice, lungi dall’essere *doverosa*, è anzi giustificata solo quando si accorda con il significato comune delle parole o con l’intenzione del legislatore” (Così R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pag. 303 nota 92).

³⁷³ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 311/2009, considerato in diritto par. 6: “Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che *al giudice nazionale*, in quanto *giudice comune della Convenzione*, spetta il compito di applicare le relative norme, nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti”.

³⁷⁴ Sul piano internazionale, si veda del resto la decisione di ammissibilità nel caso *Scordino and others v. Italy*, app. n. 36813/97, del 27 Marzo 2003, in cui, al punto 3: “Although there is no formal obligation on Contracting States to incorporate the Convention in their domestic legal system, it follows from the principle of subsidiarity outlined above that the national courts must, where possible, interpret and apply domestic law in accordance with the Convention. While it is primarily for the national authorities to interpret and apply domestic law, the Court is in any event required to verify whether the way in which domestic law is interpreted and applied produces consequences that are consistent with the principles of the Convention, of which the Court’s case-law is an integral part”.

ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione”, deve sollevare la questione di costituzionalità in riferimento all’art. 117 Costituzione³⁷⁵.

Un ulteriore limite di carattere generale alla praticabilità di una interpretazione conforme a Convenzione deriva dal “predominio assiologico” - e non, si badi bene, materiale - della Costituzione sulla CEDU: l’adeguamento alla norma convenzionale non può, ovviamente, portare all’adozione di una interpretazione-prodotto che il giudice reputi essere in conflitto con la Costituzione e, infatti il “dovere” del giudice di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è “subordinato al prioritario compito di adottarne una lettura costituzionalmente conforme”. In queste ipotesi “estreme ed eccezionali” è fuori di dubbio che il giudice “debba obbedienza *anzitutto* alla Carta repubblicana”³⁷⁶.

Insomma, secondo la dottrina dell’interpretazione conforme a Convenzione è auspicabile che il giudice attribuisca alle disposizioni interne un significato conforme alla CEDU solo in quanto quest’ultimo sia, a sua volta, considerato dal giudice conforme alla Costituzione³⁷⁷.

Nel modello così delineato, la natura formalmente ‘anfibia’ delle norme convenzionali che il giudice comune si trova a maneggiare - parametriche rispetto alla legge ma sotto-

³⁷⁵ Ciò si risolve, dunque, in un onere di motivazione circa l’impossibilità di procedere in via interpretativa, pena una declaratoria di inammissibilità della questione. Una declinazione particolarmente rigorosa della dottrina dell’interpretazione conforme, si trova nella sentenza n. 239/2008, considerato in diritto par. 6: “Questa Corte ha espressamente affermato che, in presenza di *un apparente contrasto* fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., *solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa*. [...] *Solo* ove l’adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, *risulti impossibile o l’eventuale diritto vivente* che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere *chiamata ad affrontare* il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”.

³⁷⁶ Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 (redattore Giorgio Lattanzi), considerando in diritto par. 4.

³⁷⁷ A. Guazzarotti, “L’interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze gemelle”, in *Osservatorio sulle fonti*: “Come la prassi seguente avrà modo di far emergere, simile schema, se trasposto al piano dell’interpretazione, instaura inevitabilmente una gerarchia di interpretazioni della legge oggetto di sindacato, con le interpretazioni conformi alla CEDU destinate a soccombere a quelle conformi alla Costituzione, mentre la logica anteriore alle sentenze gemelle (e alla modifica dell’art. 117, co. 1, Cost.) era meno rigida e non gerarchizzante, anche se tendeva a occultare i pur possibili conflitti di valori insiti nel pluralismo dei sistemi di tutela”.

ordinate alla Costituzione - determina la devoluzione a quest'ultimo di una molteplicità di competenze interpretative: oltre alla legge, anche CEDU e Costituzione³⁷⁸.

In linea di principio, infatti, il giudice deve (necessariamente) interpretare la legge; ai sensi della dottrina dell'interpretazione conforme a CEDU, questi deve, in un qualche senso da precisarsi, interpretare la suddetta Convenzione; poiché, però, la Convenzione ha rango sub-costituzionale, il giudice deve escludere che la norma convenzionale sia in contrasto con la carta fondamentale, dovendo quindi interpretare anche quest'ultima. Chiaramente, questa particolare forma di interpretazione adeguatrice acuisce in maniera

³⁷⁸ M. Luciani, "Interpretazione conforme a Costituzione", in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano 2016. Massimo Luciani, a fini descrittivi, distingue la scansione ideale delle operazioni del giudice: "L'assunzione delle fonti pattizie a paradigma interposto di costituzionalità impone un andamento bifasico dell'interpretazione conforme a Costituzione. Se, infatti, la fonte primaria oggetto di controllo di costituzionalità deve essere interpretata conformemente a Costituzione, deve esserlo anche conformemente all'art. 117 comma 1, e quindi alle fonti pattizie ch'esso eleva a paradigma interposto. Queste, però, a loro volta, essendo assoggettate al doveroso rispetto di tutta la Costituzione (e non solo dei controllimiti), devono essere interpretate in conformità a quest'ultima. Ne viene che l'interprete, per coerenza logica, deve: a) esperire il tentativo di interpretazione conforme a Costituzione delle norme pattizie; b) in successione, esperire il tentativo di interpretazione conforme alle norme pattizie, così interpretate, delle fonti interne, subcostituzionali, sottoposte a controllo". R. Romboli, "L'influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano" in *GiurCost*, 2018, (pag.623: "Le norme Cedu vengono così ad assumere contemporaneamente la veste di parametro o quella di oggetto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, la qual cosa viene a ripercuotersi anche sull'obbligo di interpretazione conforme da svolgersi da parte del giudice, secondo quanto espressamente suggerito dalla Corte, nei riguardi della normativa Cedu, così come si pone nei confronti della Costituzione. Nel primo caso infatti il giudice, ad evitare di "conformarsi" ad un diritto incostituzionale dovrà preventivamente porsi la questione relativa alla conformità della disposizione Cedu alla Costituzione e solo dopo aver risolto la stessa in senso positivo procedere alla seconda verifica, consistente nella praticabilità di una lettura della norma di legge in conformità al principio della Cedu")

consistente problemi che già sono stati denunciati in relazione alla diffusione dell'interpretazione conforme a Costituzione³⁷⁹.

L'interpretazione conforme a Convenzione, tuttavia, presenta un ulteriore e peculiare profilo problematico.

La Corte costituzionale, in maniera più o meno scoperta e diretta, ha progressivamente valorizzato la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo nella sua funzione (*latu sensu*) nomofilattica della Convenzione³⁸⁰.

Già nelle sentenze gemelle, nell'attribuirsi il potere di vagliare la costituzionalità della norma convenzionale rispetto alla quale sia proposta una questione di legittimità, la Corte afferma specificatamente di prendere in esame l'interpretazione della Corte Edu. Successivamente, l'attenzione riservata alla giurisprudenza dell'organo europeo si è intensificata fino a giungere ad affermazioni anche molto radicali: il giudice nazionale ha “il compito di *applicare* le norme, *nell'interpretazione* offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati

³⁷⁹ In primo luogo, l'interpretazione conforme a Convenzione è stata molto spesso praticata con una certa qual larghezza dai giudici comuni al punto che, in determinati casi, si è parlato di una vera e propria disapplicazione delle norme interne mascherata da interpretazione conforme a CEDU. La sentenza del Tribunale di Roma cd. “Costa e Pavan” sulla omogenitorialità (Tribunale di Roma, Sez. I civ., ord. 23 settembre 2013 (dott.ssa Donatella Galterio), in http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf), è stata indicata come esempio di sviluppo di un (parallelo) sindacato diffuso in materia di diritti fondamentali costituzionali. Sul punto: A. Ruggeri, “Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà ‘seguito’ a Corte EDU Costa e Pavan)”, in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 8 ottobre 2013; A. Guazzarotti, “L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze gemelle”, in *Osservatorio sulle fonti* 2018, (per cui: “l'interpretazione conforme ha giocato qui il ruolo di mascheratura, o di travestimento, che ha reso meno dirompente l'innovazione, mascherandola appunto da semplice uso di poteri interpretativi. L'interpretazione conforme, in altre parole, vale a fluidificare, mascherandoli, dei moti di transizione verso moduli di integrazione tra ordinamento nazionale e CEDU assai più avanzati di quanto si è disposti ad accettare apertamente, specie da parte della Corte costituzionale”). Inoltre, come noto e come da molti evidenziato, dalla diffusione delle varie “interpretazioni conformi a” si registrano delle perdite in punto di certezza del diritto ed eguaglianza di trattamento. Infine, anche sul piano dell'opportunità politica, si potrebbe discutere sull'opportunità di conservare disposizioni suscettibili di esprimere contenuti in violazione degli impegni internazionali dello Stato e, dunque, della Costituzione.

³⁸⁰ Vedi: L. Garlicki, “Some observation on Relations Between the European Court of Human Rights and the Domestic Jurisdiction”, in J. Iliopoulos-Strangas (a cura di), *Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration?*, Bruylant, Bruxelles 2007, pag. 305: “The process of application of the Convention has been, to a considerable extent, transformed into the process of application of the case law of the Strasbourg Court”.

contraenti”³⁸¹. Per inciso potrebbe forse ipotizzarsi un passaggio da (regole di) interpretazione adeguatrice - alla luce delle quali occorre attribuire alle disposizioni il significato suggerito dalla Convenzione europea - a (regole di) interpretazione autoritativa - alla luce delle quali occorre attribuire alle disposizioni il significato stabilito per esse dall’autorità giurisprudenziale rappresentata dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo³⁸² -.

Tuttavia, come candidamente ricordato da uno dei giudici costituzionali protagonista della redazione delle sentenze gemelle, la Corte costituzionale, al momento delle decisioni del 2007, “si dimenticò il carattere casistico” della giurisprudenza di Strasburgo³⁸³, che deriva dal fatto che il giudice europeo svolge le funzioni di giudice del caso concreto³⁸⁴. Il diritto convenzionale è, infatti, un diritto giurisprudenziale che si

³⁸¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 2007 (redattore Giuseppe Tesaurò). Si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008 (redattore Francesco Ammirante) considerato in diritto, par. 5: “le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell’ambito di siffatta categoria, consiste nella *soggezione all’interpretazione della Corte di Strasburgo*, alla quale gli Stati contraenti, salvo l’eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi”.

³⁸² Per la distinzione, vedi: P. Chiassoni, “Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa” in *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVIII, 1/2018 pagg. 403 e ss..

³⁸³ G. Silvestri, *op. cit.*. Criticamente, anche: V. Zagrebelsky, “Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione”, in *Rivista AIC* maggio 2015: (“La formula ‘come interpretata dalla Corte europea’, adottata dalle sentenze del 2007, era parsa *impropria* o piuttosto *inadatta*. Essa, infatti, sembrava riflettere la convinzione che si trattasse di una giurisprudenza simile a quella della Corte di Cassazione, che, quando enuncia un principio di diritto lo definisce in termini non dissimili da come farebbe una legge, per sua natura generale e astratta. Ma la giurisprudenza della Corte europea è altra cosa e la sua ricerca e determinazione richiede il ricorso al metodo proprio della dottrina del precedente nota al diritto e alla pratica di *common law*. La giurisprudenza casistica della Corte europea e la pratica che essa segue nell’argomentare per precedenti, con ricorso al metodo del *distinguishing*, assimila la sua produzione giurisprudenziale a quella tipica dei giudici di *common law*. Si tratta di un fatto che non legittima atteggiamenti di giuristi continentali inclini a ritenere la giurisprudenza della Corte europea un corpo estraneo da tenere a bada, ma che induce a riconoscerne la specifica struttura e ad adottare gli strumenti idonei a conoscerne il senso”).

³⁸⁴ Una cospicua parte della dottrina si interroga sull’assunzione di un *ruolo* costituzionale da parte della Corte di Strasburgo, anche e soprattutto in considerazione dell’evoluzione subita dal meccanismo di tutela. Riconoscitivo dell’ampio dibattito sulla natura costituzionale, ibrida o meramente internazionale della Corte europea dei diritti dell’uomo, il contributo di S. Greer, L. Wildhaber, “Revisiting the Debate about Constitutionalising the European Court of Human Rights.” in *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pagg. 655 e ss.

origina a partire dall'esame dei singoli ricorsi individuali in cui le circostanze del singolo caso hanno un peso determinante³⁸⁵.

Il giudice comune che voglia procedere ad una interpretazione conforme alla Convenzione *così come* interpretata dalla Corte di Strasburgo, quindi, si trova a doversi confrontare con un materiale ostico e poco familiare, con risultati a volte insoddisfacenti³⁸⁶.

A questo proposito, dismessi i panni di giudice di costituzionalità della legge, la Corte costituzionale si è fatta carico di fornire indicazioni, più o meno puntuali, su come il giudice dovrebbe accostarsi alle pronunce della Corte Edu. Ad esempio, secondo la Corte costituzionale, il giudice comune “estrapolerebbe”, a partire da un “precedente specifico” un “principio di diritto” (*rectius*: una *ratio decidendi*) da porre a fondamento della questione di legittimità costituzionale. Una simile operazione, aggiunge la Corte, deve però essere “giustificata”, “argomentando in modo plausibile l'analogia” fra il

³⁸⁵ Come poi riconosciuto dalla stessa Corte nella sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009, considerato in diritto, par. 7: “Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale...”; sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011, considerato in diritto, par. 12, “Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio”; sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012, considerato in diritto, par. 5.4. “la Corte EDU, che è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti...”

³⁸⁶ A monte vi sono, ovviamente, anche dei problemi di ‘conoscibilità’ degli orientamenti giurisprudenziali della Corte europea: oltre all'alto numero di pronunce rese annualmente nei confronti di ben quarantasette Stati, mancano, perlomeno nell'ordinamento italiano, servizi deputati alla traduzione e indicizzazione della massa di pronunce.

caso deciso dalla Corte di Strasburgo e il “caso su cui il rimettente è chiamato a giudicare”³⁸⁷.

In ogni caso, i problemi maggiori che sono derivati dalla formulazione della dottrina dell’interpretazione conforme e, soprattutto, dalla valorizzazione della funzione interpretativa eminente della Corte Edu sono quelli che attengono al tema del *vincolo* alla giurisprudenza europea.

La dottrina italiana, seguita dai giudici di merito e dalla stessa Corte di Cassazione, ha letto le sempre più accentuate valorizzazioni, ad opera del giudice costituzionale, del ruolo della Corte Edu e della sua giurisprudenza come integranti un vero e proprio *dovere* del giudice comune di prendere in considerazione le pronunce CEDU. Moltissime, ad esempio, - e più o meno sorvegliate - sono state le ordinanze con cui la i giudici comuni hanno fatto riferimento a pronunce della Corte Europea dei diritti dell’uomo al fine di manifestare il dubbio di costituzionalità di leggi interne.

Sul (discutibile) tema del *vincolo* interpretativo interviene a distanza di tempo un’importante precisazione della Corte costituzionale, volta a rimodulare questa percezione dei giuristi pratici ed accademici - forse anche ingenerata dal linguaggio utilizzato dalla stessa Corte costituzionale che, nel raccomandare la tecnica di

³⁸⁷ Sentenza n. 239 del 2009, considerato in diritto, par. 5.

Il caso più curioso, però, è quello in cui la Corte costituzionale ha assunto le vesti e il ruolo de giudice di legittimità, censurando apertamente “il significato” che i giudici rimettenti avevano “tratto” da una sentenza della Corte Edu. Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 e alla sentenza *Varvara c. Italia* della Corte europea dei diritti dell’uomo. In particolare, la Corte costituzionale, dopo aver scelto di ricostruire la *ratio decidendi* della sentenza europea in maniera difforme dai giudici rimettenti, argomentando diffusamente la propria interpretazione conclude rilevando che “i giudici *a quibus* non solo non erano tenuti ad *estrapolare* dalla sentenza Varvara il *principio di diritto* dal quale muovono gli odierni incidenti di legittimità costituzionale, ma *avrebbero dovuto attestarsi su una lettura ad esso contraria*. Quest’ultima è infatti *compatibile con il testo* della decisione e *gli estremi della vicenda* decisa, *più armonica* rispetto alla *tradizionale logica della giurisprudenza europea*, e comunque *rispettosa del principio costituzionale*”. A dire della Corte costituzionale, infatti, “i canoni dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata devono trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse non si è in grado di cogliere con immediatezza l’effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto. In tali evenienze,[...] a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l’interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest’ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione”. Sul precedente: P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit.; M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, Bari, Carocci Editore, 2016.

interpretazione conforme alla giurisprudenza europea, si esprime in termini di “obbligo”, “vincolo” “soggezione”³⁸⁸ -.

Il punto di partenza necessitato della precisazione è, infatti, il principio espresso all’art. 101 co. 2 Costituzione sull’autonomia nello svolgimento della funzione giurisdizionale, di cui devono essere tenute presenti le molteplici implicazioni.

In generale, i giudici non possono ritenersi vincolati da precedenti interpretazioni dei testi normativi (o da precedenti decisioni di singoli casi concreti): non sono, infatti, “passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato”³⁸⁹. Dall’altra parte, però, è del pari auspicabile che, in una materia quale quella dei diritti fondamentali, l’attività interpretativa sia (almeno tendenzialmente) sincronicamente uniforme e diacronicamente stabile, in modo tale che ogni disposizione esprima

³⁸⁸ Si tratta della sentenza della Corte costituzionale già citata n. 49 del 2015 (redattore Giorgio Lattanzi). La sentenza tratta congiuntamente due questioni di legittimità “strabiche”. Da una parte, infatti, la Cassazione dubita della costituzionalità dell’art. 44 co. 2 d. P.R. 380/2001 per violazione degli artt. 2; 9; 32; 41; 117 Costituzione. In particolare, la Corte ritiene, a causa della sentenza *Varvara c. Italia*, che da tale disposizione sia ricavabile unicamente la norma che rende impossibile l’applicazione della confisca urbanistica nel caso in cui manchi un provvedimento giurisdizionale formale di condanna. Dall’altra parte, il Tribunale di Teramo dubita della costituzionalità dell’art. 44 co. 2 d. P.R. 380/2001 per violazione dell’art. 117 co. 1 Costituzione. In particolare, egli invece, ritenendosi obbligato a seguire il “diritto vivente” formatosi sulla disposizione (ovvero l’orientamento delle SS.UU. alla cui stregua è necessario comminare la confisca a seguito di un accertamento di responsabilità sostanziale), dubita della legittimità costituzionale di tale norma per contrasto con l’art 117 Cost. e gli artt. 7 e 6.2. CEDU così come interpretati nella sentenza *Varvara c. Italia*. *Varvara c. Italie*, del 29 ottobre 2013 è stata letta, dai commentatori e, soprattutto, dalla Corte di cassazione e dal Tribunale ordinario di Teramo, come una censura dell’orientamento consolidatosi sull’art. 44 co. 2 citato. La Corte di Strasburgo avrebbe infatti ritenuto che “l’applicazione di una confisca mediante una sentenza di proscioglimento degli imputati per prescrizione del reato violi l’art. 7 CEDU, anche alla luce della presunzione di innocenza di cui all’art. 6.2 CEDU”. In definitiva, laddove vi è una sanzione penale, secondo il concetto autonomo di tale nozione accolto a Strasburgo, vi deve essere necessariamente un provvedimento del giudice avente veste formale di condanna.

³⁸⁹ Sentenza n. 49 del 2015, considerato in diritto, par. 7. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998 Milano, pagg. 479-478: “i giudici sono soggetti *solo* alla legge nel senso che non sono vincolati dai ‘precedenti’ (*id est* dalle precedenti decisioni) giurisprudenziali. [...] Si badi: la costituzione non esclude (né, del resto, potrebbe sensatamente escludere) che le precedenti interpretazioni giurisprudenziali possano acquistare, in via di fatto, una efficacia ‘persuasiva’. Essa non nega ai giudici la *facoltà* di conformare le loro decisioni ai precedenti autorevoli, ossia, concretamente, di fare appello a precedenti decisioni in sede di motivazione dei loro provvedimenti. [...] La costituzione esclude soltanto che i precedenti abbiano valore vincolante; esclude cioè che i giudici abbiano l’*obbligo* di seguirli. Esclude, insomma, che l’una o l’altra interpretazione giurisprudenziale (inclusa quella della suprema Corte di cassazione a Sezioni unite) possa acquistare ‘forza’ di interpretazione autentica, cioè ‘forza’ di legge. [...] Soprattutto, ciò significa che ogni giudice è libero di discostarsi dai precedenti anche di Cassazione”.

(almeno tendenzialmente) la medesima norma. Tale esigenza, cui la Corte attribuisce “dignità costituzionale” è assicurata, nella materia convenzionale, proprio dalla Corte europea di Strasburgo.

La Corte costituzionale riviene un punto di sintesi tra l'autonomia interpretativa del giudice e il suo “dovere di collaborare affinché il significato del diritto [fondamentali] cessi di essere controverso” nella nozione di “diritto consolidato” convenzionale³⁹⁰, in cui tali esigenze risultano conciliate.

I giudici “non possono ignorare” il diritto (giurisprudenziale) consolidato e, nelle parole della Corte, sono tenuti a “porlo a fondamento del proprio processo interpretativo” e, anzi, saranno “vincolati a recepire” tale contenuto ai fini dell'interpretazione conforme e della stessa proposizione delle questioni di legittimità costituzionali ai sensi dell'art. 117 Costituzione. Viceversa, a fronte di “sentenze espressive di orientamenti non definitivi”, non sussiste alcun “obbligo” in tal senso, né vi sono ragioni che “obbligino” il giudice a condividere detti orientamenti³⁹¹.

In ogni caso, è evidente che quando una giurisprudenza possa dirsi consolidata non è affatto chiaro e, per inciso, è questione che rientra nell'attività di interpretazione demandata in prima battuta al giudice nazionale: *prima facie*, con giurisprudenza consolidata sembra potersi fare riferimento ad un orientamento giurisprudenziale tendenzialmente ‘solido’, cioè applicato ripetutamente dai giudici.

La Corte indica degli indici presuntivi che dovrebbero aiutare a distinguere il diritto giurisprudenziale consolidato da quello che consolidato non è; indici che, conseguentemente, dovrebbero aiutare a chiarificare che cosa denoti questa formula

³⁹⁰ Vari autori hanno identificato, in questa nozione, l'omologo internazionale del “diritto vivente” interno, ritenendo tuttavia le due nozioni essenzialmente infungibili (G. Sorrenti “Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo”, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2015; M. Bignami, “Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2015 pag. 290).

³⁹¹ Così testualmente, sent. 49/2015, c.d., par. 7. Più in generale e più correttamente, nel *raccomandare caldamente* le regole di interpretazione conforme “alla giurisprudenza convenzionale” (*rectius*: regole di interpretazione autoritativa), la Corte costituzionale *raccomanda caldamente* una selezione dei precedenti della Corte europea di Strasburgo da ritenere rilevanti (cioè delle “risorse interpretative” di riferimento), limitata appunto ai soli “orientamenti consolidati”. Questo perché, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, il grado di persuasività delle pronunce è variabile. In definitiva, questo si traduce, essenzialmente, in un onere di motivazione, in particolare quando il giudice voglia promuovere una questione di legittimità costituzionale della legge interna, sulla sussistenza di (i) un'antinomia, (ii) insanabile, in riferimento a diritto giurisprudenziale europeo che si ritiene (iii) consolidato

ambigua. Questi indici sono: la *creatività* del *principio* affermato rispetto al solco *tradizionale* della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di *distinguo*, o persino di *contrasto*, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di *opinioni dissenzienti*, specie se alimentate da robuste deduzioni³⁹²; la circostanza che quanto deciso promani da una *sezione semplice*, e non abbia ricevuto l'avallo della Grande Camera³⁹³; il *dubbio* che, nel caso di specie, *il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale*, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, *si mostrano invece poco confacenti al caso italiano*.

In realtà, quest'ultimo indice - che non sembra, a ben vedere, indice di giurisprudenza consolidata di un organo giudiziario³⁹⁴ -, sembra costituire nient'altro che un argomento, peculiare, con cui il giudice comune può discostarsi dal diritto

³⁹² Come acutamente rilevato da Diletta Tega: “quante e quali opinioni dissenzienti occorrono per ‘disinnescare’ il principio affermato della Corte Edu? Porto, a tal fine, un esempio ben noto: il caso *Lautsi* sulla esposizione del crocefisso nelle aule della scuola pubblica italiana. Nella prima decisione di condanna, presa dalla Sezione II nel 2009, non c'erano state opinioni dissenzienti e non ci si era distanziati dal solco tradizionale della giurisprudenza europea in tema di simboli religiosi nello spazio pubblico. Nella pronuncia della Grande Camera, del 2011, le opinioni dissenzienti sono state due contro una maggioranza di quindici: “poche, ma certamente non di poco spessore”. Si veda: D. Tega, “La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU” in *Quaderni costituzionali* 2015.

³⁹³ La Grande Camera della Corte europea non ‘avalla’ le decisioni, il suo intervento è *extra ordinem* e non obbligatorio. In più interviene su questioni in cui vi siano contrasti di giurisprudenza, o se vi siano gravi problemi di interpretazione o applicazione; ovvero un'importante questione di carattere generale. Ma è il Giudice di Strasburgo, in definitiva, a ritenere quando sussistano tali condizioni e tale valutazione ben potrebbe divergere dalla medesima valutazione effettuata a livello nazionale.

³⁹⁴ Non riguarda, infatti, direttamente la selezione delle risorse argomentative, bensì costituisce una regola metodologica relativa all'uso da fare della tecnica di interpretazione conforme “alla giurisprudenza della Corte Edu”.

giurisprudenziale convenzionale ovvero con cui la Corte costituzionale può prevenire e gestire la formazione di un conflitto tra Convenzione e Costituzione³⁹⁵.

Se sono, infatti, i giudici ad apprezzare quando ricorra un diritto convenzionale consolidato o meno, in particolare paventando il dubbio che un orientamento del giudice europeo si mostri poco confacente all'ordinamento italiano - poiché ad esempio maturato in riferimento ad esperienze giuridiche disomogenee ovvero per aver impropriamente compresso il margine di apprezzamento riservato alle autorità statali - costoro potranno più facilmente discostarsi dagli arresti del giudice europeo tramite il diaframma della giurisprudenza non consolidata.

Questo modo di procedere apre la via al “confronto fondato sull'argomentare”, “costruttivo” sul significato da attribuire ai diritti dell'uomo tra giudici dei diversi sistemi: del resto, il diritto giurisprudenziale è, per sua stessa natura, connotato dal carattere progressivo della sua formazione e, dunque, presuppone un “dialogo” tra tutti i giudici che sono chiamati ad applicare la Convenzione, “fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra”³⁹⁶.

³⁹⁵ A tale ultimo proposito, occorre mettere in evidenza che la sentenza n. 49 del 2015 non è la prima occasione in cui la Corte costituzionale fa riferimento alla nozione di diritto giurisprudenziale consolidato di una Corte esterna. Tale nozione è stata, infatti, impiegata anche nella sentenza n. 232 del 1989 (redattore Mauro Ferri) in cui, investita di una questione di costituzionalità di una norma comunitaria asseritamente lesiva di un “principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale”, la Corte costituzionale ‘disinnesca’ l'attivazione dei controlimiti proprio facendo riferimento al difetto di carattere consolidato della giurisprudenza censurata della Corte di Giustizia. Si legge nel considerato in diritto, par. 5: “In primo luogo occorre accertare se l'interpretazione dell'art 177 del Trattato C.E.E., nei sensi che danno luogo alle conseguenze contro cui si appuntano le censure del giudice remittente [*i.e.* una violazione del principio supremo o controlimite alle limitazioni di sovranità espresso all'art. 24 Cost.], costituisca effettivamente una *giurisprudenza consolidata* della Corte di Giustizia. [...] Ma su questo punto la Corte [di Giustizia] è pervenuta a conclusioni non univoche, sulla base di valutazioni di merito”.

³⁹⁶ Sentenza n. 49 del 2015, par. 7.

Non “imposizione verticistica” di linee interpretative, bensì confronto in “un’ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti”³⁹⁷. Questo è confermato dal ‘Protocollo del dialogo’ (protocollo allegato alla Convenzione n. 16) il quale prevede la *possibilità* per le più alte giurisdizioni degli Stati parte, di richiedere un parere consultivo *non vincolante* su “questioni di principio circa la interpretazione o applicazione dei diritti garantiti in convenzione” che dovessero insorgere nell’esame di un caso nell’esercizio della propria funzione³⁹⁸.

³⁹⁷ *Ibidem*. A tale proposito, si veda anche: G. Martinico, “Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)” in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista* 2/2015, pagg. 305 e ss: (“[...] un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire (‘declines to follow’) la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, disobbedendo, appunto, *sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa* da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento o perché fondata su una erronea ricostruzione del “consenso”). Atti di disobbedienza funzionale danno origine a disaccordi interpretativi (conflitti). [...] questi atti di disobbedienza non devono essere visti come ritorno al passato, come nostalgiche torsioni verso la sovranità che fu ma sono, appunto, comportamenti tendenti ad un obiettivo concreto: *indurre un ripensamento giurisprudenziale*. [...] Questi atti di disobbedienza innescano fenomeni di *dialogo*”); G. Martinico, “When Courts Respectfully Disagree: How National Courts Disobey the ECtHR”, 9 *Inter-American & European Human Rights Journal* (2016) pagg. 244 e ss. (pag. 246 “National judges, by disobeying the ECtHR, try to advance an alternative reading of the relationship between their domestic systems and the Convention, contributing, this way to the interpretation of the ECHR. This kind of disobedience is thus functional to a more pluralistic reading of the Convention and paves the way for dialogical interactions with the Strasbourg Court”)

³⁹⁸ Il protocollo n. 16, ribattezzato dall’allora Presidente Spielmann ‘Protocollo del dialogo’, prevede la *possibilità* per le più alte giurisdizioni degli Stati parte, di richiedere un parere consultivo su “questioni di principio circa la interpretazione o applicazione dei diritti garantiti in convenzione” che dovessero insorgere nell’esame di un caso nell’esercizio della propria funzione. Il protocollo in questione costituisce, da un punto di vista formale, un documento allegato al Trattato istitutivo della Convenzione: è stato aperto alle firme in data 2 ottobre 2013 ed è entrato in vigore il 1 agosto 2018 con il deposito del decimo strumento di ratifica, ad opera dello Stato francese. Allo stato attuale, è stato firmato da nove Stati, tra cui l’Italia, e ratificato da tredici Stati. In Italia, nell’anno 2017 era stato presentato un disegno di legge di iniziativa governativa in merito alla ratifica ed esecuzione di tale protocollo: esso prevedeva la possibilità per le più alte giurisdizioni ordinarie e speciali di chiedere il parere non vincolato alla Corte di Strasburgo (Corte di Cassazione; Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia) e, a seguito di un emendamento, rimetteva alla autonoma scelta della Corte Costituzionale (mediante previsione *ad hoc* nel proprio Regolamento) l’eventuale possibilità di rivolgersi in via consultiva alla Corte Edu. Tale disegno di legge è decaduto con lo scadere della legislatura.

Sul Protocollo n. 16, vedi: E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino Giappichelli, 2015; E. Crivelli, “Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo” in *Quaderni costituzionali* 3/2018, pagg. 719 e ss.; K. Dzehtsiarou, N. O’Meara. “Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control.” in *Legal Studies*, vol. 34, 2014, pagg. 444 e ss..

Tale meccanismo, dichiaratamente ispirato al rinvio pregiudiziale di interpretazione comunitario, ha la funzione di rendere più immediato e *diretta* la definizione di questioni interpretative tra istanze nazionali e Corte di Strasburgo³⁹⁹.

Come esattamente rilevato anche da alcuni⁴⁰⁰, la fonte di ispirazione della dottrina della giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale sembra doversi rinvenire in alcune pronunce della *Supreme Court of the United Kingdom* sull'incidenza della Convenzione nell'ordinamento inglese.

Lo *Human Rights Act*, infatti, prevede espressamente che le leggi interne debbano essere interpretate conformemente ai diritti garantiti dalla Convenzione per la cui interpretazione deve, a sua volta, essere presa in considerazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo rilevante⁴⁰¹. La *Supreme Court* ha ritenuto che, in determinate

³⁹⁹ Nella *concurring opinion* del giudice *Motoc*, nel caso *G.I.E.M. and Others c. Italia*, è possibile leggere "If Protocol No. 16 had been in force, the [Italian] Constitutional Court could have submitted an elegant question like the one it referred to the Court of Justice of the European Union after the *Taricco I* case. In that context one could have seen our *G.I.E.M. and Others* ruling as equivalent to *M.A.S. and M.B. (Taricco II)*".

⁴⁰⁰ G. Martinico, "Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'" in *Diritto penale contemporaneo* 2/2015 pag. 303 e ss.

⁴⁰¹ Lo "Human Rights Act" è una legge del Parlamento del Regno Unito, entrata in vigore nel 2000. Ne vengono in rilievo la *section 2* e *3*, alla cui stregua:

§ 3. Interpretation of legislation. So far as it is possible to do so, *primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*.

§ 2. Interpretation of Convention rights. A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right *must take into account any*:

(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights;

(b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention;

(c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27.2 of the Convention;

(d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention;

whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.

La questione (interpretativa) che si è posta in Inghilterra suona 'familiare': esiste un vincolo a recepire la giurisprudenza europea? Posto che vi sia, in un qualche senso, al concorrere di quali condizioni e fino a che punto è possibile discostarsi dal riferimento convenzionale? La dottrina inglese ha elaborato una molteplicità di modelli normativi che rispondono a questa domanda: in particolare, questi modelli orientano le modalità a cui le relazioni del giudice nazionale con il giudice europeo dovrebbero informarsi. Ad esempio, seguendo la tripartizione elaborata da Helen Fenwick, riscontriamo: (i) *Anti-mirror model*: il giudice nazionale può oltrepassare la giurisprudenza di Strasburgo e, in presenza di giurisprudenza consolidata, discostarsene ove ricorrano condizioni tali da ritenerlo opportuno (*Horncastle*); (ii) *Semi-mirror model*: il giudice nazionale può oltrepassare la giurisprudenza di Strasburgo, ma non può discostarsene se consolidata (*Lady Lucy Hale*); (iii) *Full-mirror model*: il giudice nazionale non può né oltrepassare la giurisprudenza di Strasburgo, né in nessun caso distaccarsene. Sul punto: H. Fenwick, "What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act?" in *UK Constitutional Law Association*, reperibile online.

circostanze - quando, cioè, la Corte Suprema non ritenga che la Corte europea di Strasburgo abbia tenuto in debito conto le specificità dell'ordinamento inglese - è opportuno che il giudice inglese si distacchi da tale giurisprudenza, *contribuendo* così allo sviluppo del diritto convenzionale *in dialogo* con la Corte europea.

La dottrina in questione risponde all'esigenza di ipotizzare una soluzione che consenta di articolare il rispetto degli obblighi internazionali con l'autonomia interpretativa del giudice inglese⁴⁰². Effettivamente, dopo che il Regno Unito ha motivatamente preso le distanze dall'orientamento europeo censurato nel caso di specie, la Grande Camera di Strasburgo, prendendo in considerazione le ragioni della *Supreme Court*, ha mutato il proprio orientamento⁴⁰³.

Tornando al versante interno, tuttavia, si deve notare che la pronuncia della Corte costituzionale che ha introdotto lo strumento del diritto (giurisprudenziale) consolidato - la numero 49 del 2015 - è stata accolta con sfavore dalla maggioranza dei

⁴⁰² Si veda la pronuncia: *R v Horncastle and others (Appellants)* [2009] UKSC 14, par. 11: "The requirement to take into account any judgment of the European Court of Human Rights found in s 2 Human Rights Act 1998 would normally result in the Supreme Court applying principles that were clearly established by the Strasbourg court. There would however be rare occasions where the court had concerns as to whether a decision of the Strasbourg court sufficiently appreciated or accommodated particular aspects of the UK trial process. In such circumstances it was open to the Supreme Court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This was likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that was in issue, so that there took place *what might prove to be a valuable dialogue between the courts*".

⁴⁰³ Precisamente nella pronuncia Grande Chambre, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, 15 dicembre 2011, par. 147.

commentatori, i quali vi hanno letto una manifestazione di protezionismo costituzionale⁴⁰⁴.

Con la pronuncia in questione, la Corte costituzionale avrebbe rivendicato la propria autorità, riaffermando la gerarchia materiale esistente tra Costituzione e Convenzione: con ciò deprecabilmente determinando, a vedere di queste opinioni, una marginalizzazione del diritto convenzionale, la cui forza obbligatoria viene fortemente ridimensionata. Questo perché *solo* in riferimento alla giurisprudenza consolidata la norma convenzionale si impone all'attenzione del giurista: le argomentazioni degli avvocati che si incentreranno su orientamenti convenzionali non consolidati costruiranno una debole sollecitazione per il giudicante, poiché questi *non è obbligato* a porle a fondamento della propria attività interpretativa. Ancora, a fronte di una disposizione interna contrastante con una giurisprudenza europea non consolidata, il giudice *non è obbligato* a sollevare questione di legittimità costituzionale con il meccanismo delineato nelle sentenze gemelle.

In definitiva, secondo la *communis opinio* delle due l'una: o vi è, qualunque cosa sia, giurisprudenza consolidata, e allora sussiste il *dovere* per l'operatore di attenersi all'interpretazione-prodotto della Corte europea nelle varie operazioni di sua

⁴⁰⁴ A. Ruggeri, "Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno", in *Diritto penale contemporaneo*; G. Civiello, "La sentenza Varvara contro Italia non 'vincola' il giudice italiano: dialoghi tra Corti o monologhi di Corti?", in *Archivio Penale* 1/15; F. Viganò, "La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost. sent. 26 marzo 2015 n. 49 Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione", in *Diritto Penale Contemporaneo*; R. Conti, "La CEDU assediata? Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015", in *Consulta online* 1/15; P. Mori, "Il 'predominio assiologia della Costituzione sulla CEDU': Corte costituzionale 49/2015 ovvero della 'normalizzazione' dei rapporti tra diritto interno e la CEDU" in *SIDI Blog*, (in cui "Linguaggio particolarmente drastico.... Evidente come l'obiettivo prioritario della Consulta sia quello di ridimensionare una volta per tutte il ruolo della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo [...]. In altri termini, l'obbligo di interpretazione conforme alla norma convenzionale quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, sussiste solo in presenza di una giurisprudenza consolidata e non in tutti gli altri casi"); F. Biondi, "Quale dialogo tra Corti?" in *Federalismi* 18/2019, pagg. 8-9 "In altri [casi] ancora, invece, [la Corte costituzionale] ha dialogato molto meno: il riferimento immediato è, evidentemente, alla nota sent. n. 49 del 2015, in cui la Corte costituzionale ha affermato che soltanto un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, può essere posto dal giudice interno a fondamento del proprio processo interpretativo, non esistendo alcun obbligo in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Ciò significa che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità delle decisioni della Corte EDU, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un [particolare] contenuto della normativa interposta").

competenza; ovvero non vi è giurisprudenza consolidata, e allora l'interpretazione-prodotto della Corte europea diviene *giuridicamente irrilevante* per l'operatore.

Questa conclusione, evidentemente, ha suscitato reazioni di sdegno, di perplessità, di timore per un inevitabile aggravio di responsabilità internazionale dello Stato⁴⁰⁵.

Tuttavia, a ben vedere, questa ricostruzione è non solo non necessitata dalla premessa costituita dalla sentenza 49 del 2015 ma, soprattutto, poco caritatevole nei confronti del giudice costituzionale.

Le ragioni di questo fronte compatto si annidano, probabilmente, in due presupposti di fondo da cui l'insieme della dottrina (ma anche la stessa giurisprudenza), forse anche inconsapevolmente, muove: da una parte, la diffusione, nella giurisprudenza pratica, di una accezione normativa di dialogo giudiziale, coincidenze con l'opportunità di una conformità (acritica) alle sentenze della Corte di Strasburgo⁴⁰⁶; dall'altra, la sedimentazione di un certo modo di concepire l'esercizio della funzione giurisdizionale. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, l'idea sotterranea sembra essere (ancora) quella dell'organo giurisdizionale mero esecutore materiale del comando legislativo: solo che, nel paradigma moderno, per deresponsabilizzarsi l'organo giurisdizionale sostituisce il testo di legge con il testo di una sentenza europea.

Dall'*obbligo* di considerare la sola giurisprudenza consolidata, eppure, non dovrebbe discendere il *divieto* di considerare la giurisprudenza non consolidata. In realtà, nulla di tutto questo è affermato nella sentenza 49 del 2015 con la quale la Corte costituzionale, semmai, invita il giudice comune a fare un utilizzo ragionato delle risorse argomentative, cercando di ridimensionare l'atteggiamento della classe giudiziaria la quale, dalla mera esistenza di una pronuncia europea, ricava l'esistenza dell'*obbligo assoluto* del suo utilizzo acritico.

⁴⁰⁵ V. Zagrebelsky, "Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", in *Rivista AIC* 2015.

⁴⁰⁶ Una parte della dogmatica giuridica ritiene che il dialogo si identifichi con i soli casi in cui una corte faccia propri, più o meno scopertamente, gli orientamenti giurisprudenziali dell'altra corte: in genere, il dialogo sussiste nelle ipotesi in cui il giudice nazionale si conformi alla giurisprudenza internazionale o sovranazionale, spesso ritenuta intrinsecamente (ed acriticamente) apprezzabile. Le decisioni delle corti nazionali che, invece, si distaccano dalle pronunce delle corti europee sono, invece, oggetto di giudizi negativi e vengono ritenute forme di "nazionalismo costituzionale" e, più in generale, espressioni di "chiusura" dell'ordinamento nazionale nei confronti della tutela europea.

Paradigmatico caso di attività interpretative ed argomentative ben poco meditate degli interpreti, del resto, è offerto proprio dall'ordinanza di rimessione della Cassazione che ha originato la sentenza di cui si discute. Dal fatto dell'adozione della pronuncia *Varvara*, la corte di legittimità si sente impossibilitata a ricavare, dalla disposizione interna sulla confisca urbanistica, una norma diversa da quella cui fa riferimento la pronuncia internazionale (e giudicata una violazione della Convenzione); norma che, pure, è reputata manifestamente incostituzionale sotto una molteplicità di profili diversi al punto da dubitarsi della legittimità della legge di esecuzione della Convenzione *nella parte in cui* consente l'ingresso di tale norma. Sembra quasi che per la Cassazione, una volta intervenuta una pronuncia europea, sia impossibile discostarsi da quell'interpretazione-prodotto, potendo trarsi dal testo possa trarsi esclusivamente tale *unico* significato.

La pronuncia costituzionale, nel criticare questo modo di vedere, invita apertamente il giudice (soprattutto di legittimità) ad assumersi maggiori responsabilità: un invito a interpretare ed argomentare fuori dall'irreggimentazione connessa all'idea che, in riferimento all'attività interpretativa, si diano obblighi giuridicamente stringenti. Un invito ad allontanarsi dall'idea che la propria funzione consista in un'attività meramente applicativa di testi o sentenze.

Un giurista deresponsabilizzato è, in ultima analisi, un cattivo giurista: non concorre alla produzione del diritto, non si immette nel dialogo, da intendersi, questa volta sì, come contributo e partecipazione all'elaborazione e allo sviluppo del diritto.

5. Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo

A differenza di quanto visto relativamente ai rapporti con l'ordinamento comunitario e la Corte di Giustizia, dalla ricognizione del discorso della Corte costituzionale sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, emerge un'unica evenienza del dialogo tra giudici, in riferimento - per ovvie ragioni⁴⁰⁷ - alla *tutela dei diritti fondamentali*.

⁴⁰⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, istituisce un meccanismo finalizzato alla protezione dei diritti fondamentali "entro la giurisdizione" degli Stati che a tale convenzione hanno aderito (art. 1 CEDU): si tratta, pertanto, di un meccanismo giurisdizionale esclusivamente interessato a tale profili. Del pari, la Corte europea di Strasburgo non ha mai fatto ricorso, perlomeno *expressis verbis*, al 'lessico costituente' della Corte di Giustizia.

Nella storia del cammino convenzionale della Corte costituzionale, vi è un momento ben preciso che, unanimemente, è reputato segnare l'apertura dell'ordinamento alle *ragioni* della Convenzione⁴⁰⁸: quando, con le due sentenze cosiddette 'gemelle' del 2007, il Giudice costituzionale aggiorna la gerarchia delle fonti interne, attribuendo alla Convenzione valore superiore alla legge ordinaria.

In ogni caso, è bene evidenziare che l'affermazione della gerarchia normativa sussistente tra Costituzione e Convenzione - e il conseguente dovere, per il giudice comune, di "prestare obbedienza", *innanzitutto*, alla Costituzione⁴⁰⁹ - convive con l'idea della *integrazione* delle garanzie, del *confronto* tra sistemi di tutela, nella ricerca di un omogeneo "spazio unico europeo"⁴¹⁰, con conseguente perdita di rilevanza e centralità della posizione monista o dualista dell'ordinamento rispetto al diritto internazionale⁴¹¹. Il tutto senza soluzione di continuità rispetto alla fase antecedente, quando era diffusa la percezione di una *aporia* tra il valore giuridico formalmente attribuito alle disposizioni convenzionali - per ripetizione dalla legge di adattamento, secondo le (consolidate) tesi dogmatiche sul dualismo dell'ordinamento statale - e la sostanza *materialmente* costituzionale delle stesse. Percezione evidentemente favorito dalla valorizzazione di quella parte del documento costituzionale costituita da un catalogo di diritti, evidentemente considerata come il *connotato* proprio e tipico delle "Costituzioni".

Come che sia, occorre evidenziare che, a partire dal 2007, la Corte costituzionale ha deciso di non ignorare le *ragioni* della Convenzione, di tenere conto nei propri processi

⁴⁰⁸ In tal senso anche la Cassazione, sez. III civ., in sent. 18203/2008 in cui si legge che con le sentenze in questione è stato "compiuto un punto di svolta per l'*apertura* del nostro sistema di giustizia costituzionale verso il diritto europeo, consentendo alla Corte italiana di instaurare un *dialogo* con la Corte europea dei diritti dell'uomo". Si veda anche la nota di: O. Pollicino "Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and co-operative constitutionalism. Judgments No. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007" in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, pagg. 363 e ss. ("It is never too late. In two decisions handed down at the end of October 2007, the Italian Constitutional Court seems finally to have begun to take seriously one of the Italian Constitution's fundamental principles: the *openness* to international law which is embodied in Articles 10, 11 and – the provision chosen by the Constitutional Court in the judgments being examined – 117, paragraph 1 of the Constitution, which was added by the constitutional revision of 2001").

⁴⁰⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

⁴¹⁰ Testualmente, la "Relazione del Presidente della Corte costituzionale Francesco Amirante sulla giurisprudenza costituzionale del 2009", reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale italiana.

⁴¹¹

decisionali di propria competenza del diritto giurisprudenziale creato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per il tramite della dottrina delle "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità.

In quelle (invero sempre più frequenti⁴¹²) ipotesi in cui è chiamata a rapportarsi con la dimensione convenzionale nello svolgimento della propria funzione, il ragionamento giuridico della Corte costituzionale si fa sempre più complesso. Si moltiplicano, infatti, le operazioni di bilanciamento tra principi e diritti fondamentali di matrice costituzionale e di matrice convenzionale: operazioni volte ad individuare, *di volta in volta*, la soluzione *più ragionevole, più adeguata*, reputata comporre *al meglio* il novero dei valori fondamentali coinvolti, senza tralasciarne alcuno, evitando che alcuno diventi *tiranno*⁴¹³.

Tuttavia, a fronte della "naturale convergenza" degli operatori giuridici "verso approcci condivisi"⁴¹⁴ in materia di diritti fondamentali, vi sono ipotesi in cui gli sviluppi del diritto giurisprudenziale convenzionali possono essere reputati non adeguati o non confacenti all'ordinamento interno. In simili ipotesi, occorre incidere sulla formazione di tale diritto, suggerendone il mutamento, esplicitando la preferibilità di una diversa soluzione con argomentazioni rivolte (anche) all'altro attore, aggiungendo il proprio 'punto di vista', ad esempio affermando che certe decisioni non sono *coerenti* con le caratteristiche dell'ordinamento italiano tramite l'argomento del carattere non consolidato di tale diritto convenzionale⁴¹⁵.

⁴¹² Le questioni di costituzionalità da affrontare in relazione alla CEDU hanno comportato non solo il superamento di molteplici decisioni politiche condensate in una o più disposizioni legislative, ma anche il superamento di preve decisioni costituzionali, di precedenti orientamenti giurisprudenziali consolidati.

⁴¹³ Da ultimo, sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 2018, (estensore M. Cartabia), considerato in diritto, par. 3.1.: "Per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire 'l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona'. Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di *proporzionalità* e di *ragionevolezza*, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una *tutela unitaria, sistemica e non frammentata* di tutti gli interessi costituzionali implicati". Eppure, si potrebbe forse obiettare che è proprio il parlare e pensare per valori che conduce ad un "eterno conflitto": C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008.

⁴¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, paragrafo 7.

⁴¹⁵ Vedi le considerazioni svolte nel paragrafo 4.2 ("La dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione: il 'confronto costruttivo' sui diritti fondamentali").

La decisione di aprire alle ragioni della istanza di tutela internazionale, in ogni caso, non è casuale - o, peggio ancora, *discrezionale* - ma guidata (*ordinata*) dal criterio della massima espansione delle garanzie.

Eppure, l'invocata massima espansione delle garanzie dei diritti, al netto della sua enunciazione assiologicamente connotata, si risolve in un criterio poco più che indeterminato, vuoto e privo di un reale contenuto, nonostante affermazioni di segno contrario⁴¹⁶. Un criterio con cui offrire giustificazione al giudizio di valore insito nella ponderazione di principi o diritti nell'orizzonte delle tutele (non gerarchicamente ordinate ma) *integrate*.

In realtà, dunque, proprio laddove si fa aperto sfoggio di discrezionalità giudiziale - come nel caso dei bilanciamenti tra diritti fondamentali o di comparazione di tutele - si fa riferimento ad un criterio massimamente opaco, idoneo a giustificare le più diverse decisioni⁴¹⁷.

La Corte costituzionale, di fondo, quando viene chiamata a giudicare se una determinata legge contrasti con uno dei diritti fondamentali previsti nella Convenzione, prende atto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto e decide se condividerla o meno, utilizzando un criterio che, permettendo di perseguire le più diverse politiche del

⁴¹⁶ M. Cartabia, "Convergenze e divergenze", *op. cit.*, in cui "... come era stato da tempo intuito dai commentatori più profondi, i criteri di tipo quantitativo, incentrati sulla misurazione del minimo e del massimo standard di protezione, sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana conosce un principio che per alcuni aspetti è assimilabile a quello del massimo standard, ma che è altresì dotato di caratteristiche significativamente diverse. Si tratta del criterio della '*massima espansione delle garanzie*': essa richiede il più ampio livello di tutela riferito, però, non già al singolo diritto, interesse o principio costituzionale singolarmente individuato, bensì all'insieme delle garanzie, derivante da una lettura sistematica, non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti".

⁴¹⁷ E che si ritrova anche in relazione al dialogo sui diritti fondamentali con la Corte di Giustizia dell'Unione europea: già nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, considerato in diritto punto 5.2 ("affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico - art. 53 della CDFUE -) e, da ultimo, nell'ordinanza n. 184 del 2020 ("Spetta dunque a questa Corte salvaguardar[e] [i diritti] in una prospettiva di massima espansione").

diritto, permette altresì di esprimere una preferenza etico-politica diversa da quella avanzata del giudice internazionale⁴¹⁸.

Anche in questa evenienza di dialogo nello spazio costituzionale europeo, dunque, il giudice costituzionale partecipa attivamente alla *costruzione* del diritto, svolge la propria funzione mediante un “confronto costruttivo” sul significato da attribuire ai diritti fondamentali, in “ottica di dialogo e cooperazione” con la Corte di Strasburgo, contribuendo a rendere effettiva la “responsabilità condivisa” dell’attuazione della Convenzione⁴¹⁹.

Sullo sfondo di uno spazio avvertito come non (più) esclusivo, in cui è impossibile *ordinare* altrimenti i rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea di Strasburgo e tra Costituzione e Convenzione - e così lo scivolamento lessicale (e, a valle, concettuale) da una gerarchia materiale tra CEDU e Costituzione a una (meramente) *assiologica* -, si arriva, dunque, ad ipotizzare un dialogo “nella costante tensione verso la ricerca di *adequate* soluzioni per le questioni, sovente complesse, da quei rapporti originate”⁴²⁰.

⁴¹⁸ Si veda il molto discusso caso delle “pensioni svizzere” (sentenza n. 264 del 2012), in cui ad esempio, la Corte Edu aveva accordato tutela al diritto (individuale) del singolo ad un giusto processo e al rispetto dei propri beni, mentre la Corte costituzionale (più che condivisibilmente) accorda preferenza al principio di uguaglianza e solidarietà sociale (“è ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l’equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni”).

⁴¹⁹ Corte costituzionale n. 49 del 2015, considerato in diritto par. 7.

⁴²⁰ F. Bile, Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell’anno 2007, 14 febbraio 2008.

CAPITOLO IV - Il dialogo tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione

L'indagine sull'emersione dell'idea del dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo termina con l'esame delle interazioni giurisdizionali che, a partire dalla fondazione della dottrina dei diritti comunitari, sono ritenute connotare i rapporti tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come nell'analisi relativa all'ordinamento comunitario e l'ordinamento costituzionale italiano, l'entrata in vigore del del Trattato di Lisbona viene assunta come ideale linea di cesura della disamina. Assumendo il Trattato sull'Unione europea come ideale discrimine, possiamo dunque distinguere due ideali campi di indagine.

In merito alla prima fase così individuata, dopo aver ricostruito l'elaborazione della dottrina dei diritti fondamentali, verrà evidenziato come la Corte di Giustizia, a partire dai primi anni Settanta, affermi di utilizzare la CEDU come *obbligatoria fonte di ispirazione* per l'esercizio della propria funzione di tutela dei diritti [§2].

Disgraziatamente, la Corte di Giustizia non elabora una dottrina organica ed espressa circa il ruolo assegnato alla CEDU nell'ordinamento: a tal fine, può supplire una lettura diacronica della sua giurisprudenza, da cui è possibile evidenziare una vera e propria evoluzione nei rapporti tra sistemi e tra Corti.

Inizialmente, infatti, la Corte di Giustizia si limitava ad utilizzare la Convenzione quale (mero) catalogo ombra, al fine di riempire di contenuto i principi generali del diritto comunitario [[§2.1]; a partire dagli anni Novanta, invece, la Corte di Giustizia dà mostra di utilizzare il diritto giurisprudenziale convenzionale *come se* l'Unione partecipasse alla CEDU, adottandolo ed adeguandolo alle esigenze del proprio ordinamento [§2.2].

Per quanto riguarda, invece, la Corte di Strasburgo, sarà evidenziato come la stessa, lungi dall'ignorare le peculiari caratteristiche dell'ordinamento giuridico *di nuovo genere*, abbia elaborato una precisa dottrina dei propri rapporti con la Corte di Giustizia e il sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali. In particolare, sarà esaminata dettagliatamente siffatta dottrina, nota come "protezione equivalente" [§3].

Tuttavia, l'adozione e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona risulta potenzialmente

in grado di rivoluzionare questa definizione dei rapporti tra sistema comunitario e sistema convenzionale, delineatasi nel corso del tempo ad opera di entrambe le corti. L'adozione dello strumento scandisce, ai fini in esame, il passaggio dal 'silenzio' in materia di diritti, dall'assenza di una carta dei diritti nell'ordinamento comunitario, dalla irrilevanza per l'Unione e la Corte di Giustizia, ai sensi del diritto pubblico internazionale, della Convenzione e della sua Corte, ad una situazione affatto diversa. Alla codificazione della dottrina dei diritti quali principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, si accompagna ora una Carta dei diritti fondamentali - il *Bill of Rights* dell'Unione - e, soprattutto, la previsione dell'adesione dell'Unione europea, come tale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta, indubbiamente, di un novero di disposizioni potenzialmente in grado di incidere specificatamente sul rapporto con la Convenzione e la sua Corte.

Da una parte, infatti, l'introduzione di un catalogo di diritti per l'Unione europea vale a neutralizzare la necessità di utilizzare la CEDU quale *catalogo-ombra*. In realtà, la rilevanza della Convenzione riemerge sotto il profilo dell'interpretazione dei diritti comunitari poiché l'art. 52(3) della CDFUE stabilisce, perlomeno *prima facie*, una regola di (stretta) interpretazione conforme alla CEDU. Dall'altra, l'introduzione della base giuridica per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea - e i dettagli contenuti nel progetto di accordo di adesione - vale a neutralizzare la perdurante rilevanza della definizione pretoria dei rapporti tra sistemi e tra Corti.

In ogni caso, saranno ricordati e passati in rassegna gli atteggiamenti, le letture e i giudizi della dottrina su entrambi tali aspetti: giudizi tendenzialmente entusiastici su quella che è stata percepita come la decisione di incentivare il dialogo tra le Corti d'Europa, completando e perfezionando giuridicamente la tutela "multilivello" dei diritti [§4].

Tuttavia, molte delle 'promesse' del Trattato di Lisbona sono state disattese: a dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato, non si rinvergono radicali cambiamenti nei rapporti tra sistemi e tra rispettive Corti.

In primo luogo - e con riferimento all'art. 52(3) CDFUE - non emerge né una declinazione espressa di una dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione, né un utilizzo perspicuo o sistematico del diritto giurisprudenziale convenzionale. Oltre ad

aver adottato una prassi interpretativa che ridimensiona fortemente il ruolo della Convenzione, la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sul progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, ha dichiarato la sua incompatibilità con le “caratteristiche specifiche” e *fondamentali* del diritto comunitario. Il parere 2 del 2013, oggetto di molteplici critiche, sarà analizzata nel dettaglio, poiché contiene affermazioni ben precise circa il tipo di relazione che la Corte di Giustizia intende intrattenere con la Corte europea dei diritti dell'uomo [§5].

Conclusivamente, sarà esaminata la sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Avotiņš*: si tratta della prima decisione con cui, successivamente al parere 2 del 2013, il giudice convenzionale ha avuto l'occasione per pronunciarsi sui rapporti tra sistema convenzionale e sistema comunitario di protezione dei diritti.

Al termine della ricostruzione, sulla base degli atteggiamenti adottati, delle dottrine elaborate e delle affermazioni rese dalla giurisprudenza emerse nel corso della rassegna, verranno effettuate alcune considerazioni finali [§7].

1. Introducción

La investigación sobre el surgimiento de la idea de diálogo entre jueces en el espacio constitucional europeo termina con el examen de las interacciones jurisdiccionales que, a partir de la creación de la doctrina de los derechos comunitarios, se piensa que caractericen las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así como en el análisis relativo al ordenamiento comunitario y al ordenamiento constitucional italiano, la entrada en vigor del tratado de Lisboa será asumida como línea ideal de cesura del examen. Asumiendo al Tratado de la Unión Europea como forma de separación idea, entonces podemos distinguir dos campos ideales de investigación.

En relación con la primera fase así identificada, después de haber reconstruido la creación de la doctrina de los derechos fundamentales, será puesto en relieve como el Tribunal de Justicia, a partir de la primera parte de los años sesenta, sostiene que utiliza a la CEDH como *fuentes obligatoria de inspiración* para el ejercicio de su función propia de tutela de los derechos [§2].

Desgraciadamente, el Tribunal de Justicia no elabora una doctrina orgánica y explícita acerca del rol asignado a la CEDH en el ordenamiento: para suplir tal falta, puede realizarse una lectura diacrónica de su jurisprudencia, a partir de la cual es posible poner en evidencia una verdadera y propia evolución en las relaciones entre sistemas y entre tribunales.

Inicialmente, en efecto, el Tribunal de Justicia se limitaba a usar el Convenio como (mero) catálogo “en préstamo”, a fin de llenar de contenido los principios generales del derecho comunitario [§2.1]; a partir de los años noventa, por el contrario, el Tribunal de Justicia da muestras de utilizar el derecho jurisprudencial convencional *como si* la Unión Europea fuese parte del CEDH, adoptándolo y adecuándolo a las exigencias del ordenamiento propio [§2.2].

En lo que respecta, por su parte, al Tribunal de Estrasburgo, se pondrá en evidencia como éste, lejos de ignorar las características peculiares del ordenamiento jurídico *de nuevo género*, ha elaborado una doctrina precisa de las relaciones propias con el Tribunal de Justicia y el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales. En particular, se examinará detalladamente tal doctrina, conocida como “protección equivalente” [§3].

Sin embargo, la adopción y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parecen potencialmente capaces de revolucionar esta definición de las relaciones entre sistema comunitario y sistema convencional, delineada a lo largo del tiempo por el trabajo de ambos tribunales. La adopción del instrumento marca, a los fines en análisis, el pasaje desde el “silencio” en materia de derechos, la ausencia de una carta de derechos en el ordenamiento comunitario, y la irrelevancia para la Unión y el Tribunal de Justicia – según el derecho internacional público – del Convenio y de su Tribunal, a una situación *completamente* diversa. A la codificación de la doctrina de los derechos como principios fundamentales del ordenamiento comunitario, se acompaña ahora una Carta de derechos fundamentales – la *Bill of Rights* de la Unión – y, sobre todo, la previsión de la adhesión de la Unión Europea, en cuanto tal, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se trata, sin dudas, de un número de disposiciones que tienen la potencialidad de incidir específicamente en la relación con el Convenio y con su Tribunal.

Por una parte, en efecto, la introducción de un catálogo de derechos para la Unión

Europea neutraliza la necesidad de utilizar el CEDH como *catálogo “en préstamo”*. En realidad, la relevancia del Convenio resurge bajo el perfil de la interpretación de los derechos comunitarios puesto que el art. 52(3) de la CDFUE establece, al menos *prima facie*, una regla de interpretación (estricta) conforme al CEDH. Por otra parte, la introducción de la base jurídica para permitir la adhesión de la Unión al Convenio Europeo – y los detalles contenidos en el proyecto de acuerdo de adhesión – neutraliza la relevancia persistente de la definición pretoria de las relaciones entre sistemas y entre tribunales.

En todo caso, serán recordados y revisados las posturas, las lecturas y los juicios de la doctrina sobre estos dos aspectos: juicios tendencialmente entusiastas acerca de aquella que ha sido percibida como la decisión de incentivar el diálogo entre los Tribunales de Europa, completando y perfeccionando jurídicamente la tutela “multinivel” de los derechos [§4].

Sin embargo, muchas de las “problemas” del Tratado de Lisboa se han desatendido: a diez años de la entrada en vigor del Tratado, no se aprecian cambios radicales en las relaciones entre sistemas y entre los respectivos Tribunales.

En primer lugar – y en relación con el art. 52(3) CDFUE – no surge ni una enunciación explícita de una doctrina de la interpretación conforme al Convenio, ni un uso perspicuo o sistemático del derecho jurisprudencial convencional. Además de haber adoptado una praxis interpretativa que redimensiona fuertemente el rol del Convenio, el Tribunal de Justicia, llamado a pronunciarse sobre el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH, ha declarado su incompatibilidad con las “características específicas” y *fundamentales* del derecho comunitario. El dictamen 2 del 2013, objeto de múltiples críticas, será analizado detalladamente, ya que contiene afirmaciones bien precisas acerca del tipo de relación que el Tribunal de Justicia pretende mantener con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [§5].

A modo de conclusión, será examinada la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Avotiņš*: se trata de la primera decisión donde, posteriormente al dictamen 2 del 2013, el juez convencional ha tenido la ocasión para pronunciarse acerca de las relaciones entre sistema convencional y sistema comunitario de protección de los derechos.

Al final de la reconstrucción, con base en las posturas adoptadas, las doctrinas u las afirmaciones hechas por la jurisprudencia que han surgido en el curso del análisis, serán efectuadas algunas consideraciones conclusivas [§7].

2. La dottrina dei diritti fondamentali comunitari

È noto che negli originari Trattati istitutivi delle tre Comunità europee non era possibile rinvenire alcuna menzione dei diritti e delle libertà civili o politiche dell'individuo⁴²¹. Quali che ne fossero le ragioni⁴²², da tale evenienza discendeva una precisa conseguenza: se i Trattati, pur prevedendo l'attribuzione alle istituzioni comunitarie di determinati poteri, non contengono una dichiarazione, un catalogo o una clausola che preveda il necessario rispetto di certi diritti, allora questi non costituiscono - perlomeno *prima facie* -, limite giuridico all'esercizio di suddetti poteri⁴²³.

Sebbene riguardato da taluni come un falso problema di difficile verifica pratica⁴²⁴, già dalla fine degli anni Cinquanta fioriscono iniziative giudiziarie volte a sottoporre alla Corte di Giustizia il problema della legittimità e validità di atti

⁴²¹ M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995 (pag. 20: "Il vuoto iniziale che caratterizzava l'ordinamento comunitario in materia di diritti e di principi fondamentali..."); M. Zuleeg, "Fundamental Rights and the law of the European Community", in *Common Market Law Review*, 1971 (pag. 446 "The Treaties establishing the three existing European Communities, however, do not contain any general provision concerning the protection of fundamental rights like Article 3 of the draft Treaty on the European Defence Community"); J. H. H. Weiler, "Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities", in *Washington Law Review*, vol. 61, 1986 (pag. 1105 "as is well known, the Treaty establishing the European Economic Community - the constitution of the EEC- does not contain a bill of rights at all").

⁴²² Grainne de Burca, "The Road Not Taken: The European Union as a Global Human Rights Actor" in *American Journal of International Law*, vol. 105/2011, Issue 4, pagg. 649 e ss.

⁴²³ G. Gaja, "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario" in *Rivista di Diritto Internazionale* 1988, pag. 574: "Se i Trattati istitutivi delle Comunità europee certamente tutelano alcune libertà individuali, essi non indicano l'esigenza che la normativa comunitaria rispetti le libertà fondamentali");

⁴²⁴ L. Dubois, "Le rôle de la Cour de Justice des communautés européennes. Objet et portée de la protection" in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33 n. 2, 1981, pagg. 601 e ss.; A. Cassese, A. Clapham, J. H. H. Weiler(eds), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pag. 580 "...to protect the concept of supremacy threatened because of the apparent (largely theoretical) inadequate protection of human rights in the original treaty system".

comunitari proprio sotto il profilo della lesione dei diritti e libertà fondamentali⁴²⁵. La Corte di Giustizia, tuttavia, aveva escluso in radice di poter decidere circa la conformità di determinati atti comunitari rispetto ad un parametro esterno all'ordinamento comunitario, quali i diritti fondamentali previsti nelle Costituzioni degli Stati membri ed era stato parimenti escluso che simili diritti potessero costituire un parametro interno al diritto comunitario.

Questa assenza di norme sui diritti e, conseguentemente, di limiti all'azione comunitaria, andò trasformandosi, con l'approfondirsi dell'integrazione giuridica in forza della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in lacuna normativa: a fronte di un diritto comunitario di cui si invocava la capacità ed idoneità a prevalere su norme nazionali anche di rango costituzionale, i giuristi dell'epoca, divisi sulle implicazioni e sulle soluzioni da adottare per fronteggiare questa situazione, erano però univocamente convinti che siffatti limiti sostanziali *dovessero* sussistere, ritenendo i Trattati lacunosi al riguardo.

Fu così che, senza particolari critiche rivolte a questa incisiva forma di attivismo giudiziale⁴²⁶, la lacuna venne colmata, all'inizio degli anni Settanta, dalla Corte di

⁴²⁵ Sentenza del 4 febbraio 1959, *Stork*, C-1/58 (ricorso per annullamento di una decisione dell'Alta Autorità per violazione del diritto di proprietà tutelato nella Costituzione tedesca); sentenza del 15 luglio 1960, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr* C-36-38 e 40/59; sentenza del 1 aprile 1965, *Sgarlata* C-40/64.

⁴²⁶ J. H. H. Weiler, "Eurocracy and Distrust", *cit.*, pagg. 1103 e ss. Del resto, inizialmente, nonostante gli incoraggiamenti pervenuti dalle istituzioni politiche delle Comunità europee, la Corte di Giustizia dà vita ad una giurisprudenza in materia di diritti scarsa e caratterizzata da una certa qual opacità: J. H. H. Weiler, A. Cassese, A. Clapham (eds), *op. cit.* pag. 56: "Although the Court has increasingly referred to the Convention, the European Social Charter, international treaties and constitutional principles and traditions, the rights contained therein have hardly been developed by the Court, and they have rarely been relied on to give concrete protection to an individual"); F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4, 1989, pag. 13 ("Ho detto sopra che [l'elaborazione della dottrina dei diritti fondamentali delle Comunità] costituisce un esempio eccezionale di attivismo giudiziario. Su tale valutazione, peraltro, bisogna intendersi. Eccezionale, certo, quell'esempio non è perché esprima un tasso particolarmente elevato di garantismo dinamico; i[...] i giudici di Lussemburgo hanno fabbricato degli involucri, non li hanno riempiti di contenuti...").

Giustizia, facendo appello ai principi generali dell'ordinamento comunitario⁴²⁷.

Le tecniche argomentative incentrate sui principi generali, del resto, venivano frequentemente impiegate dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nei suoi primi anni di attività: particolarmente, venivano ampiamente utilizzate al fine di *integrare* il diritto comunitario, costituito dai Trattati istitutivi e gli atti adottati dalle istituzioni. Ad esempio, la Corte di Giustizia, nello svolgimento della propria funzione (assicurare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato”) ben poteva *produrre* una lacuna e ritenere necessario *integrare* o *completare* l'ordinamento giuridico comunitario, ricorrendo, appunto, ai principi generali⁴²⁸.

Fatalmente, però, la maggior parte di questi principi generali utilizzati dalla Corte di Giustizia in funzione integrativa era anch'essa frutto di costruzione giuridica: si trattava, cioè, di principi inespressi, pur se assunti come latenti nel discorso delle fonti da parte del giudice. Questi, infatti, potevano essere desunti da una o più norme espresse dei Trattati o degli atti derivati oppure, più frequentemente, potevano essere ricavati guardando agli ordinamenti degli Stati Membri, in particolare congetturando circa l'esistenza di un principio ad essi comune e, di conseguenza, assumerlo come proprio dell'ordinamento delle Comunità⁴²⁹.

Questo è, verosimilmente, ciò che è avvenuto relativamente alla tutela dei diritti

⁴²⁷ T. Tridimas, *General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996; J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, London, Longman, 1998; A. M. Donner, “National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities” in *Common Market Law Review* vol. 1/1963 pagg. 8 e ss.; W. Lorenz “General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities” in *American Journal of Comparative Law*, vol. 13/1964, pagg. 1 e ss.; P. Pescatore, “Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities” in *American Journal of Comparative Law*, vol. 18/1970, pagg. 343 e ss.; M. Zuleeg, “Fundamental Rights and the Law of the European Communities”, in *Common Market Law Review* 1971, pagg. 446 e ss.,

⁴²⁸ Si prenda ad esempio la sentenza *Algera et al. c. Assemblea comune della CECA*, C-7/56 e C-3 -4-5-6-7/57, considerato in diritto parte III (Sulla revocabilità degli atti amministrativi produttivi di diritti soggettivi): “Circa la possibilità di una revoca di tali atti, trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità *ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica* [creazione di una lacuna].

⁴²⁹ Si prenda sempre la sentenza *Algera, cit.*, considerato in diritto parte III: La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema *informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri*. [...] La revocabilità di un atto amministrativo illegale è dunque *ammessa in tutti gli Stati membri*. La Corte si associa alle conclusioni dell'Avvocato Generale ed *accoglie il principio della revocabilità degli atti amministrativi illegali, almeno entro un limite di tempo ragionevole* [...].

fondamentali: con un disinvolto *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, la Corte di Giustizia rileva che “i diritti fondamentali della persona *fanno parte* di quei principi generali del diritto comunitario [di cui] la Corte garantisce l’osservanza”⁴³⁰. Il che equivale ad affermare l’esistenza, in generale, di un limite giuridico all’azione della Comunità consistente, appunto, nei diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri. Pertanto, gli atti ‘amministrativi’ (come le decisioni individuali adottate dalla Commissione) o ‘legislativi’ (come regolamenti o direttive) delle istituzioni della Comunità possono, in via di principio, essere annullati dalla Corte di Giustizia per violazione dei diritti fondamentali.

Da un punto di vista più generale, i diritti fondamentali possono astrattamente svolgere, in qualità di principi generali del diritto comunitario, tre distinte funzioni nel ragionamento giuridico della Corte di Giustizia: (i) una funzione di parametro di legittimità dell’azione comunitaria (atti individuali della Commissione; atti legislativi derivati); (ii) una funzione interpretativa del diritto comunitario e, infine, (iii) una funzione integrativa del diritto comunitario, costituendo la premessa per la creazione di norme inesprese.

All’interno di queste funzioni, inizialmente risulta preminente quella di parametro di validità degli atti comunitari: ciò è del resto coerente con la ragione stessa della introduzione di una forma di tutela dei diritti a livello comunitario. Tuttavia, si riscontrano anche pronunce in cui un dato diritto fondamentale, in quanto principio

⁴³⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 novembre 1969, *Stauder*, C- 29/69, EU:C:1969:57. A. M. Donner, “National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities” in *Common Market Law Review* vol. 1/1963 pag. 11: “This is a good example of the way the written law of the Community is supplemented by the laws of the member states. If these laws show similar views on certain points these can be taken to establish a legal rule which must be taken into account in the application of the Treaty. Yet another example in point: although the Treaty does not refer anywhere to human rights, this should not be interpreted as meaning that these rights are not to be taken into account, for they are recognized by the law of all six member states and specifically formulated in a convention signed by all six members and ratified by five of them. It seems not unlikely therefore that a violation of certain human rights could form the basis of appeals for annulment of decisions”; P. Pescatore, “Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities” in *American Journal of Comparative Law*, vol. 18/1970, pag. 351: Despite its incidental character, this short statement is full of implications. It shows that the Court of Justice is aware of the problem here under discussion which, as it eventually turned out, did not have to be passed upon in the case submitted to the Court. It means, more- over, that the Court would be prepared to act if a case arose in which fundamental human rights should actually be at stake. Finally, the statement indicates that fundamental human rights are included among those general principles of law which form an integral part of the Community law whose observance the Court must ensure”.

generale, è utilizzato nell'interpretazione di disposizioni di diritto secondario comunitario⁴³¹.

La Corte di Giustizia specifica poi *quali* siano i diritti fondamentali opponibili alle istituzioni comunitarie: non i diritti previsti nelle Costituzioni nazionali degli Stati Membri o negli strumenti internazionali da questi ratificati, bensì le *analoghe* garanzie *proprie* ed *inerenti* al sistema sovranazionale. A coronamento dell'ordinamento giuridico *di nuovo genere*, distinto dal comune diritto internazionale e, soprattutto, autonomo rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, negli anni Settanta viene altresì fondato un autonomo sistema di garanzia dei diritti, all'interpretazione dei quali provvede *esclusivamente* la Corte di Giustizia delle Comunità europee⁴³².

In via generale però, nello svolgimento del compito di salvaguardia di questi diritti, la Corte di Giustizia dichiara di essere “tenuta ad ispirarsi” alle tradizioni costituzionali comuni ai (progressivamente sempre più numerosi) Stati membri e, similmente, che anche i trattati internazionali in materia di diritti umani fondamentali, cui gli Stati membri hanno “collaborato o aderito”, possono “fornire elementi” (in inglese: “can

⁴³¹ Ad esempio, il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale è stato utilizzato per chiarificare le disposizioni, contenute in una direttiva, circa la predisposizione di un rimedio giurisdizionale in caso di discriminazione basata sul sesso (e, indirettamente, dichiarare contrastanti con il diritto comunitario i meccanismi processuali del diritto inglese che rendevano insuscettibili di sindacato provvedimenti delle autorità). Sentenza della Corte del 15 maggio 1986, *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206, par. 18-19: “Il sindacato giurisdizionale che il succitato articolo [della direttiva 76/206] vuole sia garantito costituisce espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Detto principio è stato del pari sancito dagli artt. 6 e 13 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata il 4 novembre 1950. Come si riconosce nella dichiarazione comune 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, e come è dichiarato nella giurisprudenza della Corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è ispirata la convenzione suddetta. A norma dell'art. 6 della direttiva, interpretato alla luce del predetto principio generale, qualsiasi persona ha il diritto di esperire un ricorso effettivo dinanzi a un giudice competente avverso gli atti che essa ritenga contrastanti col principio della parità di trattamento fra uomini e donne stabilito dalla direttiva 76/207...”. Ancora, in un ricorso della Commissione volto a far accertare l'inadempimento di obblighi comunitari da parte della Germania, si afferma la necessità di interpretare le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori comunitari “alla luce dell'esigenza del rispetto della vita familiare menzionato all'art. 8 della convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [in quanto] questo rispetto fa parte dei diritti fondamentali che [...] sono riconosciuti dal diritto comunitario” Sentenza della Corte del 18 maggio 1989, *Commissione c. Germania*, C- 249/86, EU:C:1989:204, par. 10.

⁴³² Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114.

supply guidelines”) di cui è possibile tenere conto⁴³³. Tra la massa indistinta di trattati emerge ben presto la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la quale progressivamente finirà per assumere agli occhi della Corte di Giustizia “un particolare significato” fino a diventare un punto di riferimento esclusivo, rimanendo del tutto marginali e generici sia i richiami effettuati a trattati differenti⁴³⁴, sia il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, stante l’estrema opacità di tale nozione⁴³⁵.

2.1. La CEDU come *obbligatoria fonte di ispirazione* per la tutela dei diritti fondamentali comunitari

La Corte di Giustizia, proprio in funzione della elaborazione della propria dottrina dei diritti - garanzie per l’individuo proprie ed inerenti al sistema sovranazionale - inizia a fare esplicito riferimento alla Convenzione.

A tale proposito, è tutt’altro che infrequente che nella ricostruzione dei rapporti tra le due corti, la tematizzazione di un dialogo tra di esse venga addirittura fatta coincidere

⁴³³ *Ibidem*. La Corte di Giustizia non si riferisce esclusivamente ai trattati internazionali firmati e ratificati dagli Stati membri e, quindi, ai soli trattati cui questi ultimi sono vincolati ai sensi del diritto internazionale pubblico. Diversamente, la Corte estende il riferimento anche a quei trattati cui gli Stati hanno meramente “collaborato”. È noto come tale affermazione sia stata ritenuta necessaria per poter includere il riferimento alla CEDU che, al momento della pronuncia, non era ancora stata ratificata dalla Francia.

⁴³⁴ R. Lawson, “Confusion of Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg”, in R. Lawson and M. de Blois (Eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G.S. Schermers* (Volume III) Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994 pag. 223: “The way in which *Nold* was phrased suggests that human rights treaties are of less importance to the ECJ than the constitutions of Member States. With hindsight, however, it appears that there were mainly historical reasons of the very careful and indirect reference to, essentially, the ECHR. Indeed, it emerges from the more recent case-law that the European Convention holds a special place as a source for the Court’s catalogue of fundamental rights”.

⁴³⁵ Essenzialmente impiegate nella sentenza della Corte del 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer*, C-44/79, EU:C:1979:290. Su cui, S. Bellini, “La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer”, in *Rivista di diritto internazionale* 1981 pagg.318 e ss..

con la stessa storia dei diritti nell'ordinamento comunitario⁴³⁶. Tuttavia, deve evidenziarsi che il riferimento alla Convenzione è ambiguo, come molti hanno sottolineato⁴³⁷, dato che, che cosa significhi, concretamente, “essere obbligati ad ispirarsi a” o essere obbligati a “tenere conto di” un trattato internazionale come la Convenzione non è affatto chiaro⁴³⁸.

L'inaugurazione della definizione della CEDU quale *obbligatoria fonte di ispirazione* per la tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario non è accompagnata - né lo sarà in seguito - da alcuna affermazione espressa né sul ruolo e sulla funzione della CEDU all'interno del sistema comunitario, né sul rilievo da assegnare alle decisioni delle istituzioni di Strasburgo.

Tale tema, del resto, ha da subito suscitato l'attenzione della dottrina, specialmente internazionalistica e comunitaria: non mancavano, infatti, né le costruzioni dogmatiche più o meno articolate che tentavano di affermare che la Convenzione fosse stata *incorporata* nell'ordinamento comunitario e che le Comunità dovessero reputarsi

⁴³⁶ B. Conforti, “La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, (pag. 5: “... storia di rapporti tra la Convenzione europea e il diritto comunitario, storia che, sul piano politico, ha visto i tentativi non riusciti di adesione delle Comunità alla Convenzione e al sistema giudiziario di controllo facente capo alla Commissione e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, oggi unificata nella nuova Corte, e, sul piano giuridico e giurisdizionale, è costituita dai rapporti tra la giurisprudenza della Corte europea e la Corte comunitaria”); Editorial Comment “Relations between international courts and Community courts: Mutual deference or subordination?” in *Common Market Law Review* 2005 pag. 585: “indirect co-operative dialogue that has existed between the Luxembourg and Strasbourg courts over the years [...]”; F. Fabbrini, J. Larik “The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights” in *Yearbook of European Law*, Vol. 35, 2016, pagg. 145 e ss..

⁴³⁷ J. H. H. Weiler, “Eurocracy and Distrust”, *cit.*, pag. 1125 (“The theoretical difficulties of the Court's task are quite evident in its statement, which contains a manifest *melange* of imperative and facultative language [...] The force of the binding mandate is reduced somewhat if it is simply inspiration which is sought”; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie*, *op. cit.*, pag. 139: la Corte usava un linguaggio anodino, misto di perentorietà e flessibilità, affermando di essere ‘ tenuta ad ispirarsi’ ...”.

⁴³⁸ Per la tendenza all'ambiguità della Corte di Giustizia, vedi: D. Simon, “Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: ‘je t'aime, moi non plus’?” in *Pouvoirs* 1/2001, pagg. 31 e ss.

vincolate ad essa⁴³⁹, né i contributi volti recisamente a negare tale circostanza. In seno a questi ultimi, del resto, si originò la discussione sull'opportunità, desiderabilità e praticabilità di una eventuale adesione delle Comunità alla CEDU, dibattito che ha attraversato la storia europea fino a trovare sbocco nel Trattato di Lisbona.

Come che sia, per poter comprendere il significato del richiamo alla Convenzione e, tramite questo, formulare talune osservazioni sul rapporto tra Corte del Lussemburgo con Corte di Strasburgo, occorre guardare direttamente alla giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali.

Quanto alla produzione iniziale della Corte di Giustizia, sia che i principi generali svolgano una funzione interpretativa sia di parametro di legittimità dell'azione comunitaria, la CEDU viene utilizzata come *obbligatoria fonte di ispirazione* nel senso per cui, qualora un diritto sia previsto nella Convenzione - tanto con una norma espressa quanto inespressa -, verosimilmente esso sarà assunto come garanzia propria anche dell'ordinamento comunitario. Del resto, in assenza di norme espresse sui diritti e le libertà fondamentali nei Trattati e negli atti derivati, l'operazione preliminare cui è chiamata la Corte è decidere quali diritti *appartengono* al sistema comunitario: come evidenziato da Federico Mancini, la Corte di Giustizia deve *fabbricare gli involucri* dei diritti che essa si è impegnata a tutelare⁴⁴⁰.

Così, ad esempio, in quanto diritti previsti dalla CEDU sono reputati diritti fondamentali appartenenti all'ordinamento comunitario: il diritto di proprietà⁴⁴¹; il

⁴³⁹ H. G. Schermers, "The European Community Bound by Fundamental Rights", in *Common Market Law Review* 1990, pagg. 251 e ss. ("This Convention preceded the EEC Treaty. When six states established the Community in 1957 they were bound versus third states to guarantee the rights enumerated in the Convention throughout their territories. All government power was restricted in the sense that it could not go beyond the lines drawn in the Convention. In transferring powers to a newly established Community the Member States could not grant the Community any possibility to infringe the rights guaranteed by the Convention. Any rules made by the Community contrary to the Convention are therefore void"); P. Pescatore, "Le Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme", in AA.VV. *Mélanges Wiarda Heymans*, Köln, Verlag, 1988, (pag. 441: "l'inutilité d'un projet lancé il y a quelque temps par la Commission de Bruxelles: l'adhésion de la Communauté à la Convention. On n'adhère pas à ce qui est déjà en vigueur").

⁴⁴⁰ F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989 pag. 13.

⁴⁴¹ Oltre alla già citata sentenza *Hauer*, vedi, anche sentenza della Corte del 14 maggio 1974. *Nold*, C-4/73, EU:C:1974:51; sentenza della Corte del 12 luglio 1984, *Ferriera Valsabbia SpA*, C-209/83, EU:C:1984:274.

principio di irretroattività della legge penale sfavorevole⁴⁴²; l'inviolabilità del domicilio delle persone fisiche⁴⁴³; il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale⁴⁴⁴; il diritto al rispetto della vita familiare⁴⁴⁵; la libertà religiosa⁴⁴⁶. Viceversa, vi sono casi in cui viene negata l'appartenenza all'ordinamento comunitario di determinate situazioni sulla base del medesimo ordine di ragioni: ad esempio, l'Avvocato Generale Jean-Pierre Warner, nelle conclusioni rassegnate nel caso *AM & S*, nega la sussistenza di un diritto fondamentale alla riservatezza cliente-avvocato, tra l'altro in quanto "non previsto nella CEDU"⁴⁴⁷. Nella sentenza *Orkem* la Corte di Giustizia afferma che "anche ammettendo che [l'art. 6 CEDU] possa essere invocato da un'impresa oggetto d'indagine in materia di diritto della concorrenza, si deve rilevare che né dal suo dettato né dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che questa disposizione sancisca il diritto a non testimoniare contro se stessi"⁴⁴⁸.

Inoltre, la Convenzione fornisce *ispirazione* per quanto riguarda le condizioni di legittimità delle limitazioni a tali diritti: la Corte di Giustizia, infatti, riprende le disposizioni contenute nel catalogo convenzionale con cui vengono formulate le

⁴⁴² Sentenza della Corte del 10 luglio 1984, *Kent Kirk*, C-63/83, EU:C:1984:255.

⁴⁴³ Sentenza della Corte del 26 giugno 1980, *National Panasonic (UK) Limited*, C-136/79, EU:C:1980:169; sentenza della Corte di Giustizia del 21 settembre 1989, *Hoechst*, cause riunite 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337.

⁴⁴⁴ Sentenza della Corte del 15 maggio 1986, *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206.

⁴⁴⁵ Sentenza della Corte del 18 maggio 1989, *Commissione c. Germania*, C- 249/86, EU:C:1989:204.

⁴⁴⁶ Sentenza della Corte del 27 ottobre 1976, *Prais* C-130/75, EU:C:1976:142.

⁴⁴⁷ Sentenza della Corte del 18 maggio 1982, *AM & S Europe Limited*, C-155/79, EU:C:1982:157.

⁴⁴⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 18 ottobre 1989, *Orkem contro Commissione*, C-374/87, EU:C:1989:387. par. 30.

condizioni di ammissibilità di talune interferenze nei diritti individuali⁴⁴⁹. Già nelle prime pronunce, aventi invero oggetto diritti e libertà a contenuto economico, si ritrova l'affermazione per cui i diritti non hanno carattere di “prerogative assolute” e sono, dunque, legittimamente suscettibili di essere bilanciati o, comunque limitati a fronte delle libertà economiche fondamentali o di altri interessi di rilievo comunitario ad essi contrapposti⁴⁵⁰.

A tale proposito, la Corte dà mostra di seguire un ragionamento, articolato in due fasi, ancorché non sempre compresenti: da una parte, la valutazione preliminare circa la sussistenza di una interferenza o di una limitazione nel campo applicativo del diritto appartenente all'ordinamento comunitario; dall'altra, ove sia riscontrata una tale interferenza, il giudizio sulla sua ammissibilità⁴⁵¹. Sotto quest'ultimo profilo, la interferenza o limitazione risulta generalmente giustificata quando essa sia volta al perseguimento di “obiettivi di interesse generale della Comunità” e, in negativo, quando la detta interferenza o limitazione non costituisca “un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti” e quando non sia lesiva della “sostanza” del

⁴⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Francesco Capotorti, *Adoui e Cornuaille*, cause riunite C-115-116/81, par. 3, pag. 1718 in cui viene ricavato il principio generale della limitazione necessaria in una società democratica: “La stessa sentenza Rutili richiamò inoltre opportunamente il ‘principio più generale, sancito dagli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata da tutti gli Stati membri, e dall'articolo 2 del protocollo n. 4 della stessa Convenzione, firmata a Strasburgo il 16 settembre 1963, i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testé citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica’. Sono d'avviso che tale principio, accettato da tutti gli Stati membri in quanto parti contraenti della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, possa essere invocato come principio di diritto comunitario”.

⁴⁵⁰ A. Tancredi, “La tutela dei diritti fondamentali ‘assoluti’ in Europa: ‘it's all balancing’”, in *Politica del diritto* 2/2007, pagg. 383 e ss.

⁴⁵¹ Per una ricostruzione della “proporzionalità comunitaria”, si veda: G. Pino, “La ‘lotta per i diritti fondamentali’ in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico”, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, il Mulino, 2007, pagg. 109 e ss.

diritto stesso⁴⁵².

La Corte di Giustizia, dunque, utilizza la Convenzione come *obbligatoria fonte di ispirazione* per la *identificazione* dei diritti fondamentali: essa ha fatto proprio il catalogo di diritti, utilizzandolo come un catalogo ombra per il proprio ordinamento.

Viceversa, non è dato riscontrare alcun particolare interesse per l'interpretazione che del medesimo strumento viene data dalle istituzioni di Strasburgo⁴⁵³.

Un'analisi spesso approfondita e puntuale di tali pronunce, invece, può essere riscontrata nelle conclusioni di alcuni Avvocati Generali della Corte di Giustizia, anche grazie alle argomentazioni introdotte a tal proposito sia dalle parti private sia dalle parti

⁴⁵² In generale, e diversamente dalla Corte europea di Strasburgo, il giudizio si limita a riscontrare la legittimità dell'intervento attraverso la constatazione della sussistenza di un interesse generale comunitario, mentre il sindacato di ragionevolezza (o proporzionalità) della misura stessa è invero carente. Si veda, ad esempio, sentenza della Corte di Giustizia del 26 giugno 1980, *National Panasonic*, cit., par 18 e 19.: "In proposito è il caso di rilevare che l'art. 8 della convenzione europea, [...] ammette, nel secondo paragrafo, che un'ingerenza del genere è possibile soltanto se 'prevista dalla legge e se costituisce un provvedimento che, in una società democratica, è necessario alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine ed alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui'. Nella fattispecie [...] l'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dal regolamento n. 17 contribuisce al mantenimento del regime di libera concorrenza voluto dal Trattato, la cui osservanza si impone imperativamente alle imprese. Così stando le cose, non sembra quindi che il regolamento n. 17, nell'attribuire alla Commissione il potere di procedere ad accertamenti senza preavviso, comporti una lesione del diritto fatto valere dalla ricorrente".

Si veda anche: "President Dean Spielmann, Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights, Opening Speech, 30 January 2015", in *HUDOC* (2015), reperibile su: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_SolemnHearing_2015_ENG.pdf in cui pag. 3: "the EU was established as an economic entity, and as such it offered individuals and undertakings economic rights, without providing for an explicit and comprehensive regime for human rights protection. Thus, for the CJUE, the protection of fundamental rights in EU law has always been regarded with reference to the attainment of the objectives of the Treaties. I call that the *pro-integration* approach to human rights".

⁴⁵³ Si noti che la Corte europea di Strasburgo, proprio negli stessi anni, stava dando vita ad una serie di pronunce fondamentali, definendo il catalogo delle proprie tecniche argomentative e dei propri criteri interpretativi. Dopo una partenza 'in sordina' nel 1959, la Corte europea pronuncia circa 10 sentenze nel primo decennio di attività (1960-1970: *Lawless c. Irlanda*, *Belgian Linguistics c. Belgio*; *Wemhoff c. Germania*; *Neumeister c. Austria*; *Stogmuller c. Austria*; *Matznetter c. Austria*) a fronte di 147 pronunce della Commissione europea dei diritti dell'uomo. I numeri salgono nel decennio successivo (rispettivamente 26 sentenze e 448 decisioni) e si segnalano alcune pietre miliari della giurisprudenza convenzionale tra cui: *Golder c. United Kingdom* (1975); *Engel et al. c. Paesi bassi* (1976); *Handyside c. United Kingdom* (1976); *Irlanda c. United Kingdom* (1976); *Tyrer c. United Kingdom* (1978); *Sunday Times c. United Kingdom* (1979); *Marckx c. Belgio* (1979); *Airey c. Irlanda* (1979).

comunitarie⁴⁵⁴. Tuttavia, tali puntuali disamine non vengono mai sfruttate dalla Corte di Giustizia, se non eccezionalmente e in maniera piuttosto marginale: ad esempio, per negare la violazione delle garanzie del giusto processo nei procedimenti concorrenziali davanti alla Commissione europea, la Corte si limita a rilevare che essa “non può [...] essere qualificata di giudice ai sensi dell'art. 6 CEDU”, accettando le argomentazioni della Commissione che riteneva, appunto, di non potersi qualificare come istituzione giurisdizionale alla stregua dei criteri dettati dalla Corte di Strasburgo⁴⁵⁵.

Più frequentemente, però, il suggerimento di trarre ispirazione dal diritto giurisprudenziale convenzionale è dalla Corte di Giustizia radicalmente ignorato: esemplare, a tale proposito, la prima questione pregiudiziale sollevata dalla House of Lords, il caso *Henn and Darby*⁴⁵⁶. La Corte del Lussemburgo viene investita di una questione pregiudiziale di interpretazione della disposizione del Trattato che consente, per motivi di “pubblica moralità” di limitare la libera circolazione delle merci nell’ambito comunitario, purché ciò non si risolva in una discriminazione arbitraria rispetto ai prodotti interni. In particolare, la questione era diretta a provocare un giudizio

⁴⁵⁴ In particolare l’Avvocato Generale Francesco Capotorti, ma anche l’Avvocato Generale Marco Darmon. Si vedano, ad esempio, le conclusioni di Capotorti nella causa *Pecastaing* C-98/79, in cui: “Vorrei chiarire, a titolo preliminare, che secondo la giurisprudenza delle Commissione europea sui diritti dell'uomo il diritto ad un equo processo, riconosciuto nell'articolo 6 della Convenzione, riguarda soltanto il processo penale e quello civile, con esclusione quindi del processo amministrativo (v. in questo senso: *X, Y, V, W c/ Regno Unito*) [...] Ciò premesso, rilevo che l'orientamento più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo è certamente nel senso di riconoscere il diritto di adire il giudice civile, quale posizione soggettiva non espressamente contemplata dall'articolo 6 della Convenzione, ma scaturente dalla logica complessiva di tale disposizione (molto significativa al riguardo è la sentenza *Golder* del 24 febbraio 1975, Corte europea dei diritti dell'uomo)”.

⁴⁵⁵ Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *FEDETAB*, Cause riunite 209 a 215 e 218/78, EU:C:1980:248, par. 79 e ss: “Invocando la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (in particolare la sentenza *König* del 31 maggio 1978), la FEDETAB deduce che i diritti delimitati dagli artt. 85 e seguenti del Trattato in fatto di concorrenza e dal regolamento d'attuazione sono dei diritti di carattere civile ai sensi dell'art. 6, n. 1, della Convenzione. La Commissione ribatte rilevando che essa non è un giudice ai sensi di dette disposizioni, quando applica le norme sulla concorrenza del Trattato. Osservando che uno dei criteri per l'esistenza di un ‘giudice’ elaborati dalla Corte europea per i diritti dell'uomo è la sua indipendenza dal potere esecutivo (cfr. sentenza *Ringeisen*), la Commissione deduce che, essendo precisamente investita del potere esecutivo comunitario, è quantomeno dubbio che, in mancanza di indipendenza nei confronti di questo stesso potere, essa possa essere un giudice nel senso di cui sopra. L'argomentazione della FEDETAB non è pertinente. La Commissione infatti, pur essendo obbligata ad osservare le garanzie procedurali contemplate dal diritto comunitario — garanzie che sono state osservate, come si desume da quanto precede — non può per questo essere qualificata di ‘giudice’ ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo”.

⁴⁵⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 Dicembre 1979, *Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby*, C-34/79, EU:C:1979:295, in particolare par. 15 e ss.

di incompatibilità con il diritto comunitario della incriminazione delle condotte di importazione di “articoli osceni o scandalosi”.

È interessante notare come, pochi anni prima, la Corte europea dei diritti dell'uomo si fosse pronunciata nella sentenza *Handyside c. Regno Unito* sulle sanzioni penali previste nel Regno Unito per le pubblicazioni “oscene”⁴⁵⁷.

Nella sentenza, tra l'altro, la restrizione alla libertà di pensiero venne reputata legittima sulla base dell'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, da considerarsi particolarmente ampio in relazione alla tutela della pubblica moralità. Proprio a tale dottrina fa riferimento l'avvocato generale Warner nelle conclusioni rassegnate davanti alla Corte di Giustizia, affermando di ritenerla utile per il giudizio sulla legittimità delle deroghe alle libertà fondamentali in virtù della tutela della pubblica moralità ⁴⁵⁸. Tuttavia, la pronuncia della Corte di Giustizia prescinde da qualunque riferimento alla stessa Convenzione, limitandosi a ritenere che “in linea di massima” uno Stato possa determinare autonomamente gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio.

Relativamente ai rapporti tra livello comunitario e livello convenzionale, è possibile osservare che in questa prima fase, la Corte di Giustizia essenzialmente fa proprio il *testo* della CEDU, per supplire alla mancanza di un proprio catalogo di diritti nel proprio ordinamento. La Convenzione, in sé, è ritenuta estranea all'ordinamento comunitario, sia sul piano formale (ai sensi del diritto internazionale) sia sul piano sostanziale (ai sensi del diritto comunitario)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ *Case of Handyside v. United Kingdom*, app. n. 5493/72, 7 dicembre 1976.

⁴⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Warner del 25 ottobre 1979, C-34/79, pagg. 3821 e ss: “Ritengo che, onde determinare la corretta via per l'interpretazione dell'espressione ‘giustificati da motivi di moralità pubblica’ che figura nell'art. 36, sia opportuno ispirarsi ai punti 48 e 49 della sentenza (7 dicembre 1976) della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nella causa *Handyside*.”.

⁴⁵⁹ A riprova, si vedano le affermazioni cristallizzate nel parere 2/94 che, pur affrontando la questione dall'angolo visuale della competenza della Comunità ad accedere alla CEDU e in relazione al nuovo Trattato di Maastricht, chiarificano la posizione dell'istituzione comunitaria nei confronti della Convenzione. L'adesione della Comunità alla CEDU, determinando una “*modificazione sostanziale* dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti” possiede “rilevanza costituzionale” e, dunque, richiede un emendamento del trattato, la “costituzione” comunitaria. Siffatte modificazioni sostanziali riconducibili all'adesione sono, da una parte, l'inserimento della Comunità in un nuovo e diverso sistema istituzionale, dall'altra, l'*integrazione* del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario.

Il catalogo convenzionale, dunque, serve alla Corte di Giustizia come base per sviluppare una propria (autonoma) giurisprudenza, prescindendo dal diritto giurisprudenziale di Strasburgo. Come evidenziato dall'Avvocato generale Marco Darmon nella causa *Orkem*, la Corte di Giustizia ben può “accogliere un’interpretazione non esattamente coincidente con quella delle istanze di Strasburgo, in particolare della Corte europea dei diritti dell’uomo” in quanto “[essa non è] vincolata, nel senso che non [deve] tenere sistematicamente conto, con riguardo ai diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento comunitario, alla prassi interpretativa della Convenzione elaborata da dette istanze”⁴⁶⁰.

In generale, per la Corte di Giustizia il diritto giurisprudenziale convenzionale costituisce, secondo le logiche del diritto internazionale pubblico, un fatto privo di rilievo per l'ordinamento comunitario.

L'indifferenza mostrata dalla Corte di Giustizia nei confronti degli sviluppi del sistema di protezione dei diritti convenzionale si rispecchia in un analogo atteggiamento dimostrato dalla Commissione europea di Strasburgo, l'organo politico che, fino alla riforma del 1998, era responsabile per la valutazione dell'ammissibilità dei ricorsi presentati alla Corte. Inizialmente, infatti, la Commissione esclude in radice la possibilità di confrontarsi con l'ordinamento comunitario: nel 1978 l'organo dichiara l'insussistenza della giurisdizione *ratione personae* della Corte di Strasburgo su atti

⁴⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Marco Darmon nella causa *Orkem*, Par. 139 e 140: “Infine, e soprattutto, non posso omettere di ricordarvi che, secondo la vostra giurisprudenza, l'esistenza, in diritto comunitario, di diritti fondamentali tratti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo non va analizzata come pura e semplice applicazione delle norme della convenzione così come interpretata dalle istanze di Strasburgo. [...] I commentatori più autorevoli della vostra giurisprudenza, d'altra parte, sottolineano che la vostra posizione sulla convenzione europea dei diritti dell'uomo consiste molto spesso ‘nell'utilizzarla unicamente come semplice punto di riferimento’, anche se andate ‘il più lontano possibile su questa via’ e che, così facendo sviluppate ‘direttamente o indirettamente la (vostra) propria giurisprudenza interpretativa della convenzione’. A proposito delle norme della convenzione, potreste quindi accogliere un'interpretazione non esattamente coincidente con quella delle istanze di Strasburgo, [...]. Voi non siete vincolati, nel senso che non dovete tenerne sistematicamente conto, con riguardo ai diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento comunitario, alla prassi interpretativa della convenzione elaborata da dette istanze. A fortiori, mi sembra che siate ancora meno vincolati, in quanto non è stata fornita nessuna interpretazione autorevole della convenzione...”.

delle Comunità in quanto tali⁴⁶¹, non assegnando alcun rilievo alla circostanza che, nel caso di specie, il ricorrente fosse stato privo di qualunque rimedio giurisdizionale nei confronti dell'atto asseritamente lesivo, tanto nell'ordinamento comunitario, quanto nell'ordinamento nazionale. Interpretando poi in maniera estremamente restrittiva la portata degli obblighi assunti dagli Stati, la Commissione chiude anche alla eventualità di un sindacato indiretto sugli atti comunitari in quanto imputabili alle autorità nazionali⁴⁶².

Per oltre un ventennio, dunque, i due livelli di tutela si sviluppano in maniera *indipendente*, 'lungo linee parallele', ed evitano di fare i conti l'uno con l'altro, evitano cioè *aperture* reciproche: essi sono ordinamenti separati e reciprocamente indifferenti.

2.2. La Corte di Giustizia e la CEDU: norme interposte per la tutela dei diritti fondamentali comunitari

La dottrina dei diritti fondamentali - la "rivoluzione tranquilla" della Corte di Giustizia⁴⁶³ - riceve la ratifica degli Stati Membri nel Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992: "l'Unione rispetta i diritti fondamentali *quali sono garantiti* dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, *in quanto principi generali* del

⁴⁶¹ Decisione di ammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *CFDT c. Comunità Europee e/o Stati membri congiuntamente o separatamente*, app. n. 8030/77, del 10 luglio 1978 ("so far as the application is directed against the European Communities as such, the Commission points out that the European Communities are not a Contracting Party to the European Convention on Human Rights. To this extent the consideration of the applicant's complaint lies outside the Commission's jurisdiction *ratione personae*).

⁴⁶² Decisione di ammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *CFDT, cit.* ("As regards the [...] Member States of the European Communities, the Commission considers that an examination of the applicant's complaints is also outside its jurisdiction *ratione personae*, since these States, by taking part in the decision of the Council of the European Communities had not in the circumstances of the instant case exercised their 'jurisdiction' within the meaning of Article 1 of the Convention"). Critiche a tale decisione in: E. A. Alkema, "The EC and the European Convention of Human Rights: Immunity and Impunity for the Community?" in *Common Market Law Review* 1979, pag. 498 e ss.

⁴⁶³ J. H. H. Weiler, "A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors" in *Comparative Political Studies*, vol. 26, 1994, pagg. 510 e ss.

diritto comunitario”⁴⁶⁴. Viene così *codificata* la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui principi generali e, al contempo, il riferimento alla CEDU - unico trattato sui diritti umani preso in considerazione - viene emendato dall’opaco appellativo di *obbligatoria fonte di ispirazione*⁴⁶⁵.

Nel corso delle successive modifiche ai Trattati il riferimento alla Convenzione non viene meno e, più in generale, risulta confermato e rafforzato l’impegno e l’interesse nella promozione dei diritti da parte dell’Unione, anche in considerazione dell’apertura agli Stati dell’ex blocco sovietico.

È opinione diffusa e generalmente condivisa che la Corte di Giustizia dia vita, in questa nuova fase, ad un particolare attivismo sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, emancipandosi da accuse di funzionalizzazione finanche della stessa tutela dei diritti agli obiettivi dell’integrazione giuridico-economica: sono del resto gli anni delle sentenze *Schindberg* e *Omega*⁴⁶⁶ e delle affermazioni di ampio respiro costituzionale della sentenza *Kadi*⁴⁶⁷. La tendenza riguarda anche l’ambito che qui specificatamente interessa: è frequente l’affermazione di un rapporto armonico di

⁴⁶⁴ Articolo F §2 del Trattato di Maastricht. Il Trattato sull’Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, è entrato in vigore il 1 novembre 1993. Le finalità del trattato sono la preparazione della creazione dell’Unione monetaria europea e per un’unione politica, introducendo infatti l’istituto della cittadinanza europea. Tra le principali novità si segnalano infatti l’istituzione dell’Unione europea, organizzata secondo la struttura in pilastri; l’introduzione della procedura di codecisione, che conferisce al Parlamento maggiori poteri nel processo decisionale; nuove forme di cooperazione tra i governi dell’UE, ad esempio in materia di difesa, giustizia e affari interni. Indubbiamente, una certa accelerazione verso l’integrazione politica dell’Europa fu data anche dall’adozione del precedente Atto Unico Europeo, entrato in vigore il 1 luglio 1987, con cui si riformarono le istituzioni dell’organizzazione per preparare l’adesione di Portogallo e Spagna e semplificare il processo decisionale in vista della realizzazione del mercato unico.

⁴⁶⁵ Circostanza che ha portato varia parte della giurisprudenza pratica e teorica a ritenere “comunitarizzata” la CEDU: P. Popelier, C. van de Heyning, P. van Duffel (eds), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge, Intersentia, 2011 pagg. 19 e ss. (“The language of the EU treaty seems to very clearly express the will of the Member States to make the ECHR rights formally binding of the EU institutions, rather than just a source of inspiration which the Court *may decide* to use in shaping ‘its’ unwritten general principles”).

⁴⁶⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333; Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614.

⁴⁶⁷ Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi*, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P., EU:C:2008:461

“costruttiva cooperazione” tra le due corti⁴⁶⁸, fatto di reciproche citazioni e di mutuo rispetto⁴⁶⁹ e, in definitiva, dinamiche di “dialogo”⁴⁷⁰.

Da un punto di vista strettamente formale, pur rinvenendosi riferimenti diretti al diritto giurisprudenziale convenzionale nel corpo delle pronunce della Corte di Giustizia, non si registrano mutamenti epocali: rinviata alla discussione politica degli Stati membri la decisione circa l’adesione della Comunità alla CEDU⁴⁷¹, queste continuano ad essere ordinamenti estranei ai sensi del diritto internazionale pubblico; né è possibile riscontrare l’elaborazione di una dottrina o una presa di posizione da parte della Corte di Giustizia in merito alla funzione svolta dalla Convenzione nell’ordinamento giuridico comunitario.

Gli Avvocati Generali, pur maggiormente inclini a considerazioni di sistema, danno vita ad affermazioni tra loro anche radicalmente contraddittorie: così, da una parte, si afferma che “agli effetti pratici la Convenzione può essere considerata *parte del diritto comunitario* e può essere invocata *come tale* sia dinanzi a codesta Corte sia dinanzi ai

⁴⁶⁸ K. Lenaerts, “The ECHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection”, Speech for the solemn hearing for the opening of the Judicial Year of ECHR, 26 January 2018, reperibile sul sito istituzionale della Corte europea dei diritti dell’uomo, il quale, in riferimento al passato afferma che: “[there is a] constructive and cooperative relationship between the CJEU and the ECHR, based on *comity* and *mutual respect*”.

⁴⁶⁹ S. Douglas-Scott, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights *Acquis*” in *Common Market Law Review* 2006 pagg. 629 e ss (pag. 655: “Therefore, I suggest that the motives for using each other’s case law may be interpreted as part of an *ongoing dialogue* in the European integration project – a *dialogue* in which each court has a sensitive role to play. Yet the way in which this is accomplished is less than transparent. Perhaps this is deliberately so – in order to avoid too overt a reliance, which might be suggestive of a lack of authority on the part of the borrowing court”).

⁴⁷⁰ G. Harpaz, “The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy”, in *Common Market Law Review* vol 46. 2009, pagg. 105 e ss. (pag. 108: “The following Section analyses the *prevailing dialogue and cooperation between the two Regimes*, focusing on the manner in which the Luxembourg Court has relied on the jurisprudence of the Strasbourg Court...”; pag. 116: “It must be stressed that judicial reliance and *dialogue* are by no means one-sided. The Strasbourg Court also relies on the jurisprudence of the Luxembourg Court...”).

⁴⁷¹ Parere n. 2 del 1994 pubblicato il 26 marzo 1996.

tribunali nazionali quando si discute del diritto comunitario⁴⁷², dall'altra, che, poiché l'Unione europea non ha aderito alla Convenzione, “benché il richiamo *in via analogica* alle decisioni della Commissione e della Corte europee dei diritti dell'uomo sia logico e pertinente, non si può ammettere che la Corte e il Tribunale siano formalmente vincolati da dette decisioni”⁴⁷³.

La Corte di Giustizia, dunque, rimane fedele alla propria giurisprudenza incentrata sui principi generali, reiterando la definizione della Convenzione quale mera fonte di *ispirazione* per la tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario⁴⁷⁴.

Tuttavia, sempre più scopertamente, i principi generali non costituiscono che uno ‘schermo’: il riferimento ai principi generali e alle *fonti di ispirazione* si scolora, diviene quasi un manierismo, una semplice finzione dietro cui si cela un diretto riferimento alla Convenzione *così come interpretata* dalla nuova Corte di Strasburgo, fino a confondersi, in non poche ipotesi, con una applicazione diretta di essa.

Ad esempio, in un ricorso per l'annullamento di una pronuncia del Tribunale di primo grado (sentenza *Baustahlgewebe*), tra i motivi di appello fatti valere dalla ricorrente viene evocata la “violazione dell'art. 6.1 della Convenzione” data l'irragionevole durata del processo. La Corte di Giustizia, senza una argomentazione particolarmente approfondita, prende in esame la doglianza della ricorrente, conducendo una indagine

⁴⁷² Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs presentate il 30 aprile 2002 nel caso *Bosphorus*, par. 53 pag. 3972. Si veda, del resto, F. G. Jacobs “The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice” in I. Pernice, J. Kokott, C. Saunders (eds), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden Baden, 2006, pagg. 291 e ss. (pag. 294: “... the European Court of Justice regards the European Convention on Human Rights as if it had legal force for the European Union, and particularly over the past ten years followed very closely, regularly cites, and systematically seeks to apply, the case-law of the Strasbourg Court”).

⁴⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Georges Cosmas, presentate il 6 luglio 1999, nella causa *Paesi Bassi e Van der Wal c. Commissione*, Cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, par. 31, pag. 16.

⁴⁷⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 dicembre 1996, *X*, Cause riunite C-74/95 e C-129/95, EU:C:1996:491, par. 25; sentenza della Corte di Giustizia dell'11 gennaio 2000, *van der Wal contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, EU:C:2000:1 (in cui: “il principio generale del diritto comunitario a un processo equo *si ispira* all'art. 6 CEDU”); sentenza della Corte di Giustizia dell'8 febbraio 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, EU:C:2000:70; sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, EU:C:2000:164; C-274/99 sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, *Connolly contro Commissione delle Comunità europee*, C-274/99, EU:C:2001:127; sentenza della Corte di Giustizia del 14 dicembre 2006, *ASML*, C-283/05, EU:C:2006:787; sentenza della Corte di Giustizia del 18 gennaio 2007, *PKK c. Consiglio*, C-229/05 P, EU:C:2007:32.

sul carattere “ragionevole” della durata del processo alla luce dei criteri di valutazione elaborati dalla Corte europea di Strasburgo⁴⁷⁵. Ancora, nella pronuncia *Z. c. Parlamento europeo*, pur rifiutandosi di pronunciarsi sulla *comunitarizzazione* della CEDU ad opera del Trattato di Maastricht, la Corte di Giustizia affronta il merito delle censure proposte dal ricorrente in relazione all’art. 6 CEDU, *come se* costituisse diritto applicabile⁴⁷⁶.

Un rinnovato interesse per l’utilizzo della giurisprudenza convenzionale si ritrova poi nella parte del ragionamento giuridico dedicata al giudizio sull’ammissibilità di eventuali limitazioni dei diritti fondamentali (o, secondo il linguaggio della CEDU, “interferenze” nei diritti).

Ad esempio, a seguito di un rinvio pregiudiziale d’interpretazione, la Corte di Giustizia prescrive al giudice *a quo* di esaminare la trasmissione di dati personali (quali nominativi e stipendi dei dipendenti pubblici) ad un ente pubblico tramite le lenti dell’articolo 8 CEDU *così come interpretato* dalla Corte di Strasburgo: se detta

⁴⁷⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, EU:C:1998:608, par. 39 e ss.: “Occorre rilevare anzitutto che una durata del genere è, *prima facie*, notevole. Tuttavia, la ragionevolezza di tale durata dev’essere valutata alla luce delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della lite per l’interessato, della complessità della causa nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti (v., *per analogia*, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze *Erkner e Hofauer* del 23 aprile 1987; *Kemmache* del 27 novembre 1991; *Phocas/Francia* del 23 aprile 1996 e *Garyfallou AEBE/Grecia* del 27 settembre 1997)”.

⁴⁷⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2001, *Z contro Parlamento europeo*, C-270/99 P, EU:C:2001:639, par. 16 e ss: “[...]il ricorrente fa valere sostanzialmente che [...] il Tribunale ha commesso un errore di diritto. Egli richiama innanzitutto l’art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali che, a suo avviso, *si applica all’ordinamento comunitario in forza dell’art. F, nn. 1 e 2, del Trattato sull’Unione europea*. [...] Per quanto riguarda, da un lato, l’argomento relativo all’art. 6, n. 1, della CEDU, e *senza che sia necessario pronunciarsi sull’applicabilità di questa disposizione ai procedimenti disciplinari previsti dallo Statuto*, si deve ricordare che [...] Come emerge chiaramente dal suo disposto, l’art. 6, n. 1, della CEDU, *non prescrive termini precisi, né dispone che i termini fissati da un testo normativo [...]*”. Nello stesso senso, vedi: sentenza della Corte del 10 aprile 2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228; sentenza della Corte del 9 marzo 2006, *Werhof*, C-499/04, EU:C:2006:168, in cui: “si deve ricordare che la libertà di associazione, che comprende altresì il diritto di non far parte di un sindacato (v. in tal senso, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze *Sigurjónsson v. Islanda* e *Gustafsson v. Svezia*), è sancita dall’art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, sono oggetto di tutela nell’ordinamento giuridico comunitario”.

evenienza costituisca una “ingerenza nella vita privata”⁴⁷⁷ e, in tal caso, se tale ingerenza sia giustificata in quanto “prescritta dalla legge”⁴⁷⁸, se persegua una delle “finalità legittime” indicate dalla Convenzione⁴⁷⁹ e se “sia necessaria, in una società democratica, per realizzare la finalità legittima perseguita”⁴⁸⁰. Sotto il medesimo profilo, è appena il caso di notare che una delle sentenze più note della Corte di Giustizia, in cui è stata data una interpretazione della libera prestazione dei servizi ‘convenzionalmente orientata’ - la sentenza *Carpenter* - ripete in gran parte le argomentazioni della Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Boutlif c. Svizzera*⁴⁸¹.

Altre volte, la Corte di Giustizia prosegue nel solco delle decisioni prese nella sede di Strasburgo: ad esempio, riconducendo nelle maglie delle discriminazioni fondate sul sesso, vietate dal diritto comunitario, quelle che si producono a causa di una

⁴⁷⁷ Sentenza della Corte del 20 maggio 2003, *Rundfunk*, Cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2002:662, par. 73: “Occorre anzitutto considerare che la raccolta di dati nominativi relativi ai redditi professionali di un individuo, per comunicarli a terzi, rientra nel campo di applicazione dell’art. 8 della CEDU. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha dichiarato, al riguardo, che l’espressione ‘vita privata’ non deve essere interpretata in modo restrittivo e che ‘nessun motivo di principio consente di escludere le attività professionali (...) dalla nozione di vita privata’ (v., in particolare, Corte europea diritti dell’uomo, sentenze 16 febbraio 2000, *Amann/ Svizzera* e 4 maggio 2000, *Rotaru/ Romania*)”.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, par. 77: “È pacifico che l’ingerenza di cui trattasi nelle cause principali è prevista dall’art. 8 del BezBegrBVG. Tuttavia, si pone il problema se tale articolo sia redatto in modo sufficientemente preciso per consentire ai destinatari della legge di regolare la loro condotta e soddisfi così il requisito di prevedibilità sancito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (v., in particolare, Corte europea diritti dell’uomo, sentenza 20 maggio 1999, *Rekvényi/Ungheria*)”.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, par. 81: “Al riguardo, dall’ordinanza di rinvio nella causa C-465/00 risulta che l’obiettivo dell’art. 8 del BezBegrBVG è di esercitare una pressione sugli enti pubblici interessati, affinché essi mantengano le retribuzioni entro limiti ragionevoli. Il governo austriaco osserva, in modo più generale, che l’ingerenza prevista da tale disposizione ha lo scopo di garantire l’impiego parsimonioso ed appropriato delle finanze pubbliche da parte dell’amministrazione. Un siffatto obiettivo rappresenta una finalità legittima ai sensi tanto dell’art. 8, n. 2, della CEDU, che menziona il ‘benessere economico del paese’, quanto dell’art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva 95/46, che fa riferimento a ‘finalità determinate, esplicite e legittime’”.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, par. 83: “Secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, l’aggettivo «necessario», ai sensi dell’art. 8, n. 2, della CEDU, implica che sia in gioco un «bisogno sociale imperioso» e che la misura adottata sia «proporzionata alla finalità legittima perseguita» (v., in particolare, Corte europea diritti dell’uomo, sentenza 24 novembre 1986, *Gillow v. United Kingdom*. Inoltre, le autorità nazionali godono di un margine discrezionale «la cui portata dipende non solo dalla finalità, ma altresì dal carattere proprio dell’ingerenza» (v. Corte europea diritti dell’uomo, sentenza 26 marzo 1987, *Leander v. Sweden*)”.

⁴⁸¹ Sentenza *Boutlif v. Switzerland*, app. no 54273/00, del 2 agosto 2001.

legislazione nazionale che, vietando il riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, renda impossibile per una persona transessuale contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale apparteneva precedentemente all'operazione⁴⁸². L'interpretazione estensiva, infatti, si fonda esplicitamente sulla sentenza della Corte europea di Strasburgo *Christine Goodwin c. Regno Unito* che aveva per la prima volta dichiarato che la medesima legislazione ammontava ad una violazione dell'art. 12 CEDU: questa pronuncia, che aveva peraltro affermato l'esistenza di un *consensus europeo* generalizzato in merito al diritto al matrimonio della persona transessuale, è come ratificata e fatta propria dalla Corte di Giustizia⁴⁸³.

Soprattutto, però - ed è questo il cambiamento forse più radicale rispetto alla fase antecedente - il diritto giurisprudenziale convenzionale viene 'preso sul serio' dalla Corte di Giustizia che, chiamata ad affrontare questioni che coinvolgono i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo, si confronta attivamente con la giurisprudenza di Strasburgo, facendola propria, ricusandola, precisandola.

La Corte di Giustizia, ad esempio, *modifica* la propria giurisprudenza per adeguarsi alle evoluzioni giurisprudenziali che si consolidano nel sistema convenzionale. Nel 1987, secondo l'interpretazione autonoma della Convenzione del giudice comunitario, la CEDU non prevede la presunzione di innocenza e, comunque, è dubbio che questa sia applicabile ai procedimenti sanzionatori alle imprese per violazione della concorrenza: dopo dieci anni, prendendo in considerazione l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'estensione delle garanzie, viene affermato che "il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte,

⁴⁸² Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, *K.B.*, C-117/01, EU:C:2004:7.

⁴⁸³ F. Tulkens, al seminario "Dialogue between Judges 2009", reperibile sul sito istituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo, pag. 14: "In *Christine Goodwin v. the United Kingdom* our Court reconsidered its interpretation of Articles 8 and 12 of the Convention, referring, *inter alia*, to a 1996 judgment of the ECJ in which it had equated discrimination based on a sex change with discrimination based on sex. In *Stec and Others v. the United Kingdom*, the applicants' case relating to sex-based differences in eligibility for certain social security benefits had first been decided by the ECJ. We found that there had been no violation of the Convention, observing that 'particular regard [was to] be had to the strong persuasive value of the ECJ's finding on this point'."

sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario"⁴⁸⁴. Oppure, ancora più manifestamente, nella sentenza *Roquette Frères* viene affermato che, nel determinare la portata del principio di proporzionalità delle misure limitative dei diritti "si deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *posteriore* alla sentenza *Hoechst c. Commissione*"⁴⁸⁵.

Non si tratta, tuttavia, di un appiattimento acritico sugli orientamenti giurisprudenziali maturati a Strasburgo: parimenti significative sono le ipotesi in cui la Corte di Giustizia, chiamata a confrontarsi con determinati approdi giurisprudenziali convenzionali, li ritiene inadatti all'ordinamento comunitario. Ad esempio, nella pronuncia *Emesa Sugar*, viene condotta una riflessione accurata (ed argomentata) circa l'inapplicabilità al sistema comunitario di quella giurisprudenza convenzionale che include tra i contenuti del diritto al giusto processo il diritto di replica alle conclusioni rassegnate dai procuratori generali di taluni ordinamenti nazionali⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Da confrontare la sentenza *Orkem contro Commissione, cit.*, (par. 30: "anche ammettendo che [l'art. 6 della CEDU] possa essere invocato da un'impresa oggetto d'indagine in materia di diritto della concorrenza, si deve rilevare che né dal suo dettato né dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che questa disposizione sancisca il diritto a non testimoniare contro se stessi"), nonché l'opinione dell'avvocato generale (par.136-137: Ciò significa chiedersi se la presunzione d'innocenza, [...] e i diritti dell'accusato [...] che implicano, *si suppone*, il diritto a non testimoniare contro se stessi, si applichino ad un'impresa oggetto di indagini della Commissione in materia di concorrenza. E se a tal uopo si possa considerare, in un tale ambito, l'impresa come 'persona accusata di una violazione'. Questo è il problema dell'applicazione delle garanzie previste [...] a procedure amministrative sanzionatorie. È vero che la citata sentenza *Öztürk* è parsa accogliere una visione assai ampia della nozione di 'persona accusata di una violazione'. [...] Tuttavia non mi sembra così chiaro e manifesto che si debba dare alla sentenza *Öztürk* una portata tale da fare estendere la nozione, contenuta nella convenzione, di 'accusato di un reato' alle imprese oggetto di un procedimento amministrativo allo scopo di accertare se esse abbiano, o meno, trasgredito norme sulla concorrenza [...]") con la sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, *Montecatini SpA contro Commissione delle Comunità europee*, C-235/92 P, EU:C:1999:362, (par. 175 e 176: "In proposito, occorre anzitutto riconoscere che il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, rammentata al punto 137 della presente sentenza e peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo nonché dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario. Occorre ammettere altresì che, considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, il principio della presunzione d'innocenza si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende (v., in tal senso, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 21 febbraio 1984, *Öztürk* e 25 agosto 1987, *Lutz*)").

⁴⁸⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 29 ottobre 1980, *Roquette frères contro Consiglio delle Comunità europee*, C-138/79, EU:C:1980:249, par. 29.

⁴⁸⁶ Sentenza della Corte di Giustizia dell' 8 febbraio 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, EU:C:2000:70 par.8 e ss..

La Corte di Giustizia utilizza, in un certo qual senso, le norme della Convenzione come *norme interposte* ai fini dell'esercizio della propria competenza: formalmente, si tratta di principi generali *del* diritto comunitario, che, però, vengono intesi come facenti rinvio alla Convenzione *così come* interpretata dalla Corte Edu⁴⁸⁷. Analogamente a quanto già osservato relativamente alla Corte costituzionale italiana, la Corte di Giustizia non agisce alla stregua di un "passivo esecutore di un comando impartito altrove"⁴⁸⁸ e, nel distaccarsi dagli orientamenti giurisprudenziali convenzionali, argomenta circa l'inadeguatezza della Convenzione rispetto alle specificità dell'ordinamento comunitario.

È interessante notare come, formalmente, tali cambiamenti avvengano senza soluzione di continuità con la giurisprudenza antecedente: la Corte di Giustizia non si distacca dalla propria dottrina, poiché la CEDU continua a costituire meramente una *obbligatoria fonte di ispirazione* per la costruzione dei principi generali dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, la Corte di Giustizia, lungi dall'ignorarne il diritto vivente convenzionale come in passato, lo tiene in considerazione, ne prende atto, lo fa proprio ovvero lo ricusa quando inadeguato al proprio ordinamento.

Questo mutamento, tuttavia, si sviluppa e interviene in un contesto specifico che deve essere tenuto in considerazione per apprezzare pienamente il diverso approccio tenuto dalla Corte di Giustizia nei confronti del materiale convenzionale.

A partire dalla fine degli anni Ottanta, la Commissione europea dei diritti dell'uomo, anche se in maniera casistica e non senza irrazionalità, ha iniziato ad ammettere all'esame della Corte quei ricorsi proposti contro le condotte degli Stati tenute in

⁴⁸⁷ L. Burgorgue-Larsen, "Jurisprudence européenne comparée" in *Revue du droit public* 5/2008, pag. 1435 e ss.

⁴⁸⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, su cui vedi *supra* Capitolo III, paragrafi 4.2 ("La dottrina dell'interpretazione conforme a Convenzione: evoluzioni, limiti, problemi" e 5 ("Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo").

attuazione di obblighi comunitari⁴⁸⁹.

La partecipazione all'Unione europea, al pari di *qualunque altra* organizzazione internazionale, non vale ad esonerare gli Stati dal rispetto degli obblighi assunti prioritariamente con la Convenzione: condotte necessarie e dovute per l'ordinamento comunitario e, addirittura, conseguenze derivanti dai Trattati ratificati dagli Stati, sono tutte astrattamente sindacabili dalla Corte di Strasburgo sotto il profilo del rispetto dei diritti posti nella Convenzione⁴⁹⁰.

Chiaramente, l'ampiezza della giurisdizione della Corte Edu è direttamente proporzionale alla possibilità per la Corte di Strasburgo di interferire (indirettamente) nel diritto comunitario e, dunque, comprometterne la stessa natura di ordinamento inter-individuale, unitario e autonomo, unitariamente e uniformemente applicato.

A tali potenziali interferenze, evidentemente di per sé problematiche dal punto di vista dell'integrazione comunitaria, si aggiunge poi il rischio, spesso percepito e denunciato dalla dottrina, di divergenti decisioni sui diritti da parte delle due corti e la configurazione di (virtuali) conflitti di lealtà negli Stati membri dell'Unione parte della

⁴⁸⁹ Si veda già la decisione di ammissibilità della Commissione europea dei diritti nel caso *Etienne Tette c. Francia*, app. n. 11123/84 del 9 dicembre 1987 in cui: "it is [...] true that regard must also be had to international undertakings given by States which affect the legislative powers of the national parliaments. The Commission recalls here that 'if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty, it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty'. This is particularly so when, as in the present case, the obligations in question have been assumed in a treaty, the Convention, whose guarantees affect 'the public order of Europe'. It cannot therefore be accepted that by means of transfers of competence the High Contracting Parties may at the same time exclude matters normally covered by the Convention from the guarantees enshrined therein. What is at stake is respect for fundamental rights [...] which, in the Convention system, is of vital importance".

⁴⁹⁰ *Case Matthews v. United Kingdom*, application n. 24833/94, 18 Febbraio 1999 para. 33 e ss.

CEDU⁴⁹¹.

Gli Stati membri sono, infatti, tenuti a rispettare i diritti fondamentali comunitari (*id est: così come* interpretati dalla Corte di Giustizia) in un numero crescente di situazioni: quando le autorità nazionali danno “esecuzione” ad una disciplina comunitaria, agendo quali “mandanti” delle istituzioni comunitarie (linea *Wachauf*)⁴⁹² ovvero quando si avvalgono delle clausole di limitazione di una delle libertà economiche fondamentali previste nel Trattato (linea *ERT*)⁴⁹³. Secondo la visione più diffusa, tale estensione della giurisdizione sui diritti da parte della Corte di Giustizia costituisce una radicale innovazione e un indubbio esempio di attivismo giudiziario, rinvenibile per la prima volta in una serie di decisioni degli anni Novanta. Nelle parole di uno dei più importanti giudici europei la giurisdizione comunitaria “si arresta alle soglie della legislazione

⁴⁹¹ In una pluralità di prospettive: R. Lawson, *op. cit.*, (pag. 229: “This situation is not whiteout dilemmas. If the ECJ interprets the contents of a fundamental rights in a way different from the European Court of Human Rights, there is a real risk of the authority of either the Strasbourg or the Luxembourg Court being undermined. It would be painful for the Strasbourg court if its case-law were ignored by the ECJ and the national legal practice in the EC Member States followed the Luxembourg Court. Conversely, the ECJ runs the risk of being criticized if it gives a restrictive interpretation of the ECHR, especially if the complain is directed against a Community institution [...]”); L. R. Helfer, A. M. Slaughter, “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication” *Yale Law Journal*, vol. 107 1997, pagg. 273 e ss. (pag. 323: “The ECJ and the ECHR enhance each other's authority by referring to one another's decisions. The ECHR (or individual judges writing for it) periodically refers to ECJ decisions both to assert its primary authority in a case of potentially conflicting jurisdiction and to bolster its own power over national courts by referring to a similar power of the ECJ. Cases in the first category are relatively straightforward, essentially involving doctrinal interpretations designed to resolve confusion created by conflicting judicial rulings. In *Funke v. France*, for example, the ECHR held that France had violated the applicant's right to remain silent and to avoid self-incrimination by imposing monetary sanctions on him for failing to produce certain documents. The ECHR's decision was in direct conflict with a ruling of the ECJ four years earlier”); D. Spielmann, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities,” in P. Alston, M. Bustelo, and J. Heenan (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford and New York, Oxford University Press, 1999, pagg. 757 e ss. (pag. 764: “Recent developments concerning the implementation of the Community decision, including judgments of the European Court of Justice, show that *international obligations might collide and impose* a considerable dilemma on Member States”); J. Callewaert, “The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony,” *European Human Rights Law Review* 6/2009, pagg. 768 e ss. in cui: “This analysis reveals that despite the remarkable progress already achieved, further efforts towards achieving harmony—not to be confused with uniformity—are required if fundamental rights are to retain their fundamental nature, a pre-condition to their effectiveness”.

⁴⁹² Sentenza della Corte del 13 luglio 1989, *Wachauf*, C-5/88, EU:C:1989:321.

⁴⁹³ Sentenza della Corte del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi*, C-260/89, EU:C:1991:254.

nazionale”⁴⁹⁴ e, del resto, si è visto che, perlomeno nella sua prima formulazione, l’elaborazione della dottrina dei diritti fondamentali è specificatamente finalizzata ad apporre limiti all’azione delle Comunità.

Come che sia, i giudici nazionali iniziano a sottoporre al giudice europeo, in sede di rinvio preliminare, quesiti in materia di diritti fondamentali e tali sollecitazioni, inizialmente liquidate o trascurate dalla Corte di Giustizia, finiscono con l’essere sistematicamente prese in considerazione⁴⁹⁵. Inoltre, l’ambito materiale della due giurisdizioni - quella della Corte di Giustizia sul rispetto dei diritti *comunitari* da parte degli Stati membri e quella della Corte Edu sul rispetto dei diritti *convenzionali* da parte di quegli stessi Stati - è venuto progressivamente a coincidere⁴⁹⁶.

In conclusione, dunque, la Corte di Giustizia si dimostra incline all’*apertura* e al *confronto costruttivo* con la giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto quando si tratti di intervenire in uno spazio percepito come *non* più *esclusivo*, in cui è percepita la coesistenza della giurisdizione concorrente della Corte Edu.

3. La Corte europea dei diritti dell’uomo e la dottrina della *protezione equivalente*

Le istituzioni di Strasburgo - la struttura dualistica formata da Commissione e Corte e, successivamente, la Corte unica e permanente - si sono pronunciate frequentemente, nell’ambito della propria giurisdizione, su questioni coinvolgenti, a vario titolo, il diritto

⁴⁹⁴ G. F. Mancini, “The Making of a Constitution for Europe” in *Common market law review*, vol. 26, 1989 pagg. 595 e ss. (pag. 611: “... the Court’s effort to safeguard the fundamental rights of the Community citizens stopped at the threshold of national legislations. So far, in other words, Europe has not experienced anything resembling *Gitlow v. New York*, the judgment in which the American Supreme Court held that the limitations laid down in the United States Bill of Rights are not only applicable to the Federal Government but extend to the law and administrative practices of the individual states”).

⁴⁹⁵ P. Passaglia (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, reperibile in www.cortecostituzionale.it, 2010, in cui: “È, infatti, evidente ed ormai pacifico che [...] spesso il supremo giudice comunitario opera, di fatto, quello che in dottrina è stato definito come una ‘forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali’, pronunciandosi più o meno direttamente sulla compatibilità tra una certa disciplina nazionale - in particolare, quella vigente nel Paese membro cui appartiene il giudice che ha sollevato la questione- e quella comunitaria di cui ha contestualmente chiarito il senso e la portata”.

⁴⁹⁶ Rick Lawson ricorda l’argomentazione del governo inglese nel caso *Watson*: il governo riteneva che la Corte di Giustizia non avrebbe dovuto estendere la propria giurisdizione al rispetto dei diritti comunitari da parte delle autorità nazionali in quanto “any exercise of overlapping jurisdiction [...] could give rise to *confusion and conflict*”. R. Lawson, *op. cit.*, pag. 250.

comunitario: ricorsi individuali proposti direttamente contro la Comunità europea o le sue istituzioni; ricorsi individuali proposti congiuntamente o separatamente contro tutti gli Stati membri per fatti ascrivibili alla Comunità; ricorsi individuali proposti contro gli Stati per fatti ed atti ad essi imputabili ma la cui giustificazione ultima risiede in obblighi comunitari⁴⁹⁷. Da questa congerie di decisioni e di sentenze emerge una pluralità di atteggiamenti delle istituzioni di Strasburgo nei confronti dell'ordinamento comunitario cui fa specchio una pluralità di soluzioni delle singole questioni affrontate: tale casistica, pur incidentalmente idonea a offrire un contributo alla delineazione della relazione tra i due sistemi coinvolti, è essenzialmente disorganica, a volte incoerente e, in definitiva, marginale.

Occorrerà attendere il 2005 per l'enunciazione in termini generali dei rapporti tra il livello di protezione dei diritti convenzionale e quello comunitario e, conseguentemente, tra le rispettive Corti, in una pronuncia che, travalicando il caso concreto, ha una vera e propria dimensione costituzionale: l'epilogo di una complessa vicenda giudiziaria, la sentenza della *Grand Chambre* nel caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*⁴⁹⁸.

Il caso che giunge davanti alla Corte di Strasburgo presenta delle caratteristiche

⁴⁹⁷ È bene evidenziare che nella pronuncia *Bosphorus*, la decisione della Corte di Strasburgo viene presentata come formalmente armonica con questa costellazione di decisioni precedenti: decisione sull'ammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *C.F.D.T. v. The European Communities, alternatively: their Member States' a) jointly and b) severally*, app. n. 8030/77, del 10 luglio 1978; decisione sull'ammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Etienne Tete v. France*, app. n. 11123/84, del 9 dicembre 1987; decisione sull'ammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *M. & Co. v. Federal Republic of Germany*, app. n. 13258/87, del 9 febbraio 1990; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case Cantoni v. France*, app. n. 17862/91, dell'11 novembre 1996; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Matthews v. United Kingdom*, app. n. 24833/94 del 18 febbraio 1999. In generale, a commento delle singole pronunce: E. A. Alkema, "Application No. 8030177, Confederation Française Démocratique du Travail v. the European Communities, alternatively their Member States a) jointly and b) severally. Decision of 10 July 1978 on the admissibility of the application" in *Common Market Law Review* ... pagg. 498 e ss.; H. G. Schermers, "Matthews v. United Kingdom", in *Common Market Law Review* 1999 pag. 673 e ss..

⁴⁹⁸ Grand Chamber, *case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, app. n. 45036/98, del 30 giugno 2005. A commento, vedi: K. Kuhnert, "Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection" in *Utrecht Law Review*, vol. 2, no. 2, December 2006, pagg. 177 e ss.; S. Douglas-Scott, "Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, application No. 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005" in *Common Market Law Review* 2006, pagg. 243 e ss.; C. Costello, "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe" in *Human Rights Law Review*, vol. 6 2006, pagg. 87 e ss.

concrete tali da permettere l'enunciazione di una dottrina con cui governare la relazione con la Corte di Giustizia e l'ordinamento comunitario.

Si tratta, infatti, di un ricorso individuale avanzato contro (i) uno Stato membro della Comunità europea, a causa della (ii) violazione delle autorità nazionali di un diritto previsto nella Convenzione, (iii) per adempiere ad un obbligo scaturente dalla partecipazione all'organizzazione comunitaria⁴⁹⁹. Più nel dettaglio, tale azione statale trovava la propria base legale in una prescrizione di un atto comunitario, quale il regolamento, che si contraddistingue per essere immediatamente e direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri. Inoltre, e non secondariamente, la Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale dall'autorità giudiziaria irlandese, si era pronunciata escludendo che l'interferenza nel diritto di proprietà del privato costituisse una misura sproporzionata rispetto agli obiettivi di interesse generale che il regolamento era volto a perseguire⁵⁰⁰.

La Corte Edu, dunque, è chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità di uno Stato per un'azione *dovuta* nella prospettiva dell'ordinamento comunitario e già scrutinata, sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, dalla Corte di Giustizia: è questa l'occasione di confrontarsi (indirettamente) con il giudice del Lussemburgo e, se del caso, di dare una definizione stabile dei reciproci rapporti, di delineare i rispettivi

⁴⁹⁹ Più precisamente, il ricorrente lamenta una limitazione del rispetto al diritto del rispetto dei propri beni (art. 1 protocollo 1 CEDU) a causa del sequestro di un aeroplano, che il ricorrente aveva nella propria disponibilità grazie ad un contratto di *leasing*. Tale sequestro, effettuato dalle autorità irlandesi, era stato posto in essere in esecuzione di un regolamento comunitario n. 990/1993, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslavia, il quale dava attuazione, per tutti gli Stati Membri, ad alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU in merito alle sanzioni nei confronti della repubblica federale di Jugoslavia. Il ricorrente aveva dapprima fatto valere le proprie ragioni davanti al giudice irlandese; la Corte Suprema irlandese, chiamata ad occuparsi della questione, in quanto giudice di ultima istanza, aveva effettuato un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento alla Corte di Giustizia della Comunità. La Corte di Giustizia, nell'interpretare le disposizioni del regolamento, afferma che le autorità irlandesi erano tenute ad effettuare il sequestro, non residuando alcun margine di discrezionalità nel caso di specie. Inoltre, la Corte di Giustizia ritiene la limitazione del diritto di proprietà della compagnia aerea *Bosphorus* giustificata dal perseguimento di un obiettivo di "interesse generale così fondamentale per la Comunità internazionale (vale a dire porre fine allo stato di guerra nella regione e alle massicce violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto umanitario internazionale nella Repubblica di Bosnia-Erzegovina)", da escludere l'indadeguatezza e mancanza di proporzionalità della misura (par. 26).

⁵⁰⁰ Sentenza della Corte di Giustizia, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi V. Minister for Transport, Energy and Communications et al*, del 30 luglio 1996, C-84/95, EU:C:1996:312.

ruoli.

Più che la questione particolare del caso *Bosphorus - id est* la legittimità, alla luce del parametro convenzionale, della limitazione del diritto al rispetto dei propri beni -, il problema giuridico che la Corte di Strasburgo deve affrontare è se e fino a che punto essa abbia il potere di scrutinare il rispetto dei diritti garantiti in Convenzione quando viene in rilievo l'ordinamento giuridico di nuovo conio rappresentato dalla Comunità europea⁵⁰¹.

Spogliata dei suoi contenuti contingenti - tra cui, paradossalmente, la stessa decisione del singolo caso concreto -, il nucleo essenziale della pronuncia della Corte di Strasburgo si riduce ad essere un bilanciamento tra *ragioni* (interessi nel linguaggio della Corte) che si assumono in conflitto: ragioni della Comunità europea - e, più in generale, l'interesse (reputato convenzionalmente apprezzabile) alla cooperazione internazionale tra Stati - e ragioni dei diritti fondamentali posti nella Convenzione, le quali, nel giudizio di Strasburgo, devono necessariamente essere “conciliate” tra loro, fatte oggetto di bilanciamento o ponderazione⁵⁰².

Da una parte, infatti, la Corte ritiene compatibile con la Convenzione la partecipazione degli Stati a forme di cooperazione internazionali - incluse quelle particolarmente avanzate che consistono nel trasferimento di poteri sovrani ad una organizzazione -, e,

⁵⁰¹ Nel corpo della pronuncia viene fatto, infatti, esplicito riferimento alla natura “sovranzionale” della Comunità, citando in nota, una pronuncia ritenuta evidentemente esemplare e esemplificativa di tale qualità: la sentenza della Corte di Giustizia *Costa c. ENEL*. Cfr. sentenza *Bosphorus, cit.*, par.150 (“The Court has also long recognised the growing importance of international cooperation and of the consequent need to secure the proper functioning of international organisations [...] Such considerations are *critical* for a *supranational* organisation such as the European Community”).

⁵⁰² Si veda, alla sentenza *Bosphorus, cit.*, par. 154 (“In *reconciling* both these positions and thereby establishing the extent to which a State's action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organisation to which it has transferred part of its sovereignty, the Court has recognised that...”); par. 156 (“In such cases, the interest of international cooperation would be *outweighed* by the Convention's role as a ‘constitutional instrument of European public order’ in the field of human rights); par. 150 (“the general interest pursued [...] was compliance with legal obligations flowing from the Irish State's membership of the European Community. It is, moreover, a legitimate interest of *considerable weight*”). Per verità, il problema giuridico che la Corte di Strasburgo sarebbe chiamata ad affrontare è, in senso stretto: se e fino a che punto, quell'interesse generale, cui viene attribuita particolare importanza, di conformità al diritto comunitario può giustificare l'interferenza nel diritto di proprietà individuale, ai sensi dell'art. 1 protocollo 1 CEDU. Non è questo, invero, il problema affrontato dalla Corte, dato che il giudizio della Corte non ha carattere ‘particolarista’ e non ha certo oggetto l'idoneità di questo obiettivo di interesse generale a costituire giustificazione della limitazione; né viene affrontato il problema della proporzionalità della misura.

soprattutto, ne riconosce la crescente importanza, evidenziando la necessità di assicurarne il corretto funzionamento; a maggior ragione quando, come nel caso di specie, si tratti della Comunità europea, e non di una *comune* organizzazione internazionale.

Dall'altra, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è (anch'essa) diversa dai *comuni* trattati internazionali e costituisce lo "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"⁵⁰³: istituisce un sistema per la protezione dei diritti fondamentali che si contraddistingue per la sua effettività e per la necessità di essere interpretato evolutivamente, in modo da creare garanzie non meramente teoriche ed illusorie. Uno strumento che, in definitiva, non consente che gli Stati, cedendo una parte dei propri poteri sovrani, evadano *ad libitum* gli impegni assunti con la ratifica della Convenzione. Gli Stati, ai sensi della Convenzione, restano responsabili per tutti i propri atti od omissioni, indipendentemente dal fatto che queste condotte siano state realizzate in esecuzione di un obbligo internazionale di qualunque tipo.

La soluzione preferibile per la Corte di Strasburgo è quella che consente di *conciliare* al meglio queste esigenze.

A tal fine occorre in primo luogo distinguere le condotte degli Stati tenute in attuazione di obblighi internazionali. Qualora gli Stati agiscano "discrezionalmente", rimangono pienamente responsabili per gli obblighi assunti con la Convenzione⁵⁰⁴.

Viceversa, relativamente ai casi di "stretta attuazione degli obblighi internazionali", si impone la considerazione, e, dunque, la ponderazione, tra le ragioni dell'integrazione e le ragioni della Convenzione: ponderazione che sfocia nell'enunciazione della dottrina della *protezione* (astrattamente) *equivalente*, salve ipotesi di *protezione* (in concreto)

⁵⁰³ La definizione della Convenzione quale "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" è rinvenibile per la prima volta nella decisione di ammissibilità della Corte, *Case Loizidou v. Turkey*, app. 15318/89 del 23 maggio 1995.

⁵⁰⁴ Ad esempio, la pronuncia *Bosphorus* parla di "the impugned interference was *not the result of an exercise of discretion* by the Irish authorities, *either under Community or Irish law*, but rather amounted to *compliance* by the Irish State with its *legal obligations* flowing from Community law" (par. 148); "It remains the case that a State would be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its *strict international legal obligations*" (par. 157); "Since the impugned measure constituted *solely compliance* by Ireland with its legal obligations flowing from membership of the European Community" (par. 158).

*manifestamente carente*⁵⁰⁵.

Afferma la Corte che, al fine di *conciliare* l'effettività delle garanzie convenzionali e le esigenze che derivano dalla partecipazione ad organizzazioni internazionali sovranazionali, occorre considerare giustificate quelle condotte degli Stati che, interferendo nei diritti garantiti in Convenzione, costituiscono (stretto) adempimento di obblighi internazionali, se e fintantoché l'organizzazione internazionale in questione garantisca essa stessa tali diritti in maniera almeno *equivalente* alla convenzione. Qualora vi sia, essenzialmente, la possibilità di ottenere in altra sede una tutela dei diritti *paragonabile* a quella garantita dalla Corte di Strasburgo, essa consente a lasciare campo all'attore di tale sistema: ancorché condizionatamente, le ragioni dell'integrazione prevalgono sulle ragioni della Convenzione.

La Corte di Strasburgo constata che, relativamente all'ordinamento dell'Unione, il sistema di garanzia dei diritti fondamentali può essere considerato astrattamente equivalente, cioè comparabile al sistema della Convenzione. E questo, essenzialmente, grazie alla Corte di Giustizia, al suo "cammino convenzionale", poi codificato nei Trattati: dalla elaborazione di un catalogo di diritti, al ruolo di *obbligatoria fonte di ispirazione* svolto dalla Convenzione nel sistema; soprattutto rileva l'utilizzo della CEDU, come interpretata dalla Corte Edu, alla stregua di una norma interposta nel giudizio sul rispetto del diritto comunitario⁵⁰⁶. Inoltre, anche se l'individuo non può direttamente adire il giudice comunitario per rivendicare i propri diritti, la Corte di Giustizia riesce a pronunciarsi adeguatamente tramite il raccordo procedurale del rinvio pregiudiziale dei giudici nazionali. Incidentalmente, la Corte Edu ricorda però che il giudizio di equivalenza non ha carattere definitivo e, dunque, il bilanciamento, che vede prevalere le ragioni dell'integrazione, è suscettibile di essere rivisto in ogni tempo, qualora le circostanze dovessero richiederlo.

⁵⁰⁵ La decisione di ammissibilità della Commissione *M. & Co. c. Germany* è unanimemente ritenuta la diretta antenata della pronuncia *Bosphorus*. Tale decisione, significativamente resa in un caso in cui lo Stato convenuto è la Germania, enuncia, infatti, per la prima volta l'idea dell'equivalenza di protezione. È appena il caso di notare che, per la parte sulla protezione equivalente, i commentatori hanno avvicinato senza esitazioni la dottrina in esame al *Solange II* della Corte Federale. In questo caso, tuttavia sembra che la Commissione, più che fare propria la dottrina *Solange II*, si sia limitata a ratificare la valutazione già effettuata dalla Corte costituzionale federale.

⁵⁰⁶ Sentenza *Bosphorus*, *cit.*, par. 73 e ss. e par. 159.

La prevalenza delle ragioni dell'integrazione così definita ha carattere necessariamente generale ed astratto: poiché in *generale* ed *astrattamente*, l'ordinamento comunitario offre una protezione equivalente, allora quando gli Stati danno stretta attuazione al diritto comunitario - qualunque cosa significhi "stretta attuazione" - *si presume* che le loro azioni od omissioni non costituiscano illecite interferenze nei diritti protetti dalla Convenzione. Tuttavia, la Corte di Strasburgo completa la dottrina sui rapporti con il sistema dell'Unione con un'ulteriore enunciazione: la presunzione di *protezione equivalente*, proprio in quanto astratta, può venir meno - essere confutata -, qualora risulti che la protezione accordata *nel singolo caso concreto* sia stata manifestamente carente. In quest'ultima ipotesi, chiarisce la Corte, le ragioni (o interessi) della cooperazione internazionale sono *superate* dalle ragioni della Convenzione.

Attraverso la formulazione di questa clausola di salvaguardia inerente al caso concreto, la Corte Edu si riserva la possibilità di poter intervenire in singole evenienze, pur lasciando impregiudicato l'apprezzamento mostrato verso il sistema di tutela dei diritti comunitario e, soprattutto, il riconoscimento del ruolo della Corte di Giustizia.

Tuttavia la stessa pronuncia *Bosphorus* ne offre un'interpretazione restrittiva poiché le carenze manifeste nella protezione dei diritti comunitari sono ritenute coincidere con le gravi disfunzioni del sistema, quei casi in cui il meccanismo comunitario di tutela dei diritti - e, cioè, la protezione accordata dalla Corte di Giustizia per il tramite dei rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici nazionali - non è stato pienamente sfruttato: quando cioè non si sia pronunciata la Corte di Giustizia, o in quanto non interpellata o, più generalmente, in quanto non interpellabile⁵⁰⁷.

È possibile, dunque, osservare che la Corte Edu perimetra la propria giurisdizione relativamente alle condotte degli Stati che derivano dalla loro partecipazione all'Unione

⁵⁰⁷ Nel caso *Michaud c. France*, application n. 12323/11, 6 dicembre 2012, ad esempio, non si applica la presunzione in quanto "the control mechanism provided for in European Union law was [not] fully brought into play". Nel caso in questione, il ricorrente lamentava una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata privata (art. 8 CEDU) a causa di un nuovo assetto legislativo, entrato in vigore in Francia in attuazione di una direttiva comunitaria: tuttavia, durante l'*iter* giudiziario interno, il *Conseil d'Etat* aveva rifiutato di interpellare la Corte di Giustizia circa la validità e l'interpretazione delle norme comunitarie in questione. Per questo motivo, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che: "the *Conseil d'Etat* ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what was at stake, the presumption of equivalent protection does not apply".

europea. Tale delimitazione vale essenzialmente a definire i rapporti con l'ordinamento giuridico comunitario e la Corte di Giustizia dell'Unione nell'ambito dello *spazio non esclusivo* di tutela dei diritti fondamentali, in modo tale da creare un raccordo tra i due livelli di tutela in concorrenza, individuando le rispettive competenze.

Si tratta di una soluzione *statica*, poiché la Corte di Strasburgo delinea in modo tendenzialmente generale ed astratto le reciproche attribuzioni: quando gli Stati diano “stretta attuazione” al diritto comunitario, la Corte Edu ‘si ritira’, lasciando che sia la Corte di Giustizia ad giudicare eventuali questioni in materia di diritti fondamentali.

Tuttavia, è bene evidenziare che la demarcazione tra atti ed omissioni che costituiscono “*stretta attuazione di obblighi internazionali*” e, viceversa, condotte rispetto alle quali sia rinvenibile un esercizio di discrezionalità è una distinzione labile e giuridicamente poco stringente. Chiaramente, simili nozioni sono in ultima analisi essenzialmente rimesse alla individuazione della *sola* Corte di Strasburgo⁵⁰⁸.

La *staticità* della soluzione così offerta sembra controbilanciata dalla possibilità, che la Corte Edu espressamente si riserva, di intervenire in caso di carenze manifeste nella salvaguardia dei diritti. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra considerare l'eventualità di simili carenze manifeste nella tutela comunitaria dei diritti quasi alla stregua di un caso di scuola: la clausola di salvaguardia sembra essere enunciata in funzione poco più che meramente retorica. Per la Corte di Strasburgo, l'ipotesi di dover intervenire (indirettamente) nell'ordinamento comunitario, per salvaguardare il rispetto dei diritti, è probabilmente nient'altro che uno “scenario aberrante e di difficile configurabilità, anche in astratto”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Ad esempio, nella sentenza della Grande Camera *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, n. 30696/09, par. 339: “The Court notes that Article 3 § 2 of the Dublin Regulation provides that, by derogation from the general rule set forth in Article 3 § 1, each member State may examine an application for asylum lodged with it by a third-country national, even if such examination is not its responsibility under the criteria laid down in the Regulation. This is the so-called ‘sovereignty’ clause. In such a case, the State concerned becomes the member State responsible for the purposes of the Regulation and takes on the obligations associated with that responsibility”.

⁵⁰⁹ Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 183 del 1973.

4. L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: Carta dei diritti fondamentali e adesione alla CEDU

L'adozione del Trattato di Lisbona, vero e proprio *avatar* del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, rappresenta uno snodo fondamentale nella storia dell'integrazione europea, anche e soprattutto per quanto riguarda l'impegno dell'Unione in materia di diritti⁵¹⁰. Coerente con tale (auspicata) dimensione e vocazione del progetto europeo è il passaggio dal *silenzio* sui diritti ad una vera e propria *sovrabbondanza*, non di meri e retorici riferimenti, ma di veri e propri strumenti e tecniche per la loro protezione nell'ambito comunitario.

L'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, 'nebulosa dei diritti', condensa in sé il nuovo approccio, prefigurando ben tre modalità con cui assicurare la tutela dei diritti. In primo luogo, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"; in secondo luogo, l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; infine, i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sono principi generali del diritto dell'Unione. Disposizioni in linea di continuità con il passato - nella parte in cui viene reiterata la ratifica della giurisprudenza sui principi generali della Corte di Giustizia - ma anche innovative - un catalogo di diritti, ampio, moderno e *scritto*, dotato del "medesimo valore giuridico dei Trattati" e una base formale espressa per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU -.

Questo insieme di disposizioni ha certo suscitato un notevole interesse nella dottrina europeistica e costituzionalistica e numerose sono le problematiche che dette disposizioni, sole o congiuntamente, sollevano: tuttavia, è evidente che entrambi gli aspetti - e dell'adesione dell'Unione alla CEDU e dell'introduzione di un autonomo catalogo di diritti - sono suscettibili di incidere in profondità nella relazione tra sistema

⁵¹⁰ S. Iglesias Sánchez, "The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights" in *Common Market Law Review* vol. 49, issue 5, 2012, pagg. 1565 e ss. (pag. 1566: "the entry into force of the Lisbon Treaty signals the start of an interesting period for doctrinal analysis, as it entails "the outbreak of a new stage and brings with it an important qualitative progress of the regime of protection of fundamental rights in the European Union").

Discussa sono, ad esempio, le relazioni reciproche tra i singoli strumenti di tutela dei diritti. Si veda: M. Dougan, "Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the Scope of Union Law" in *Common Market Law Review* vol. 52, 2015, pagg. 1201 e ss.

comunitario e sistema convenzionale nonché, in ultima analisi, sul rapporto tra la Corte del Lussemburgo e la Corte di Strasburgo.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) - anche nota come Carta di Nizza - costituisce, da un punto di vista storico, il *secondo* strumento (e il *primo* documento) deputato alla salvaguardia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario.

È stato in precedenza osservato come, per oltre quarant'anni, sia stata la CEDU, pur se nella sua ambigua qualità di *obbligatoria fonte di ispirazione*, a svolgere una funzione vicaria per la protezione dei diritti nell'ordinamento comunitario: inizialmente, in qualità di catalogo ombra, successivamente, attraverso il diretto confronto con il diritto giurisprudenziale convenzionale. Un nuovo ed originale catalogo scritto, dall'ampio campo applicativo, sembra certo destinato ad occupare lo spazio prima riservato alla CEDU e, più in generale, ad alterarne il connotato di coesistenzialità al sistema di tutela dei diritti comunitario.

Eppure, molteplici sono le disposizioni della Carta - e disposizioni del Trattato *sulla* Carta - che permettono di giungere a conclusioni affatto diverse, da cui emerge il perdurante rilievo assegnato allo strumento convenzionale nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

L'art. 6 TUE contiene talune prescrizioni metodologiche sull'argomentazione dell'interpretazione dei diritti contenuti nella Carta: tale strumento deve essere interpretato *in conformità* alle disposizioni generali del titolo VII della Carta; e, del pari *tenendo in debito conto* le Spiegazioni allegate⁵¹¹. Per inciso, tra le disposizioni del Titolo VII in questione, ne è inclusa una a tenore della quale gli interpreti della CDFUE, cioè la Corte di Giustizia e, evidentemente, i giudici nazionali, “*tengono nel debito conto* le Spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della

⁵¹¹ Nella versione inglese “in accordance with” e “with due regard to”; versione francese “sont interprétés conformément aux” e “en prenant dûment en considération”. Nel Preambolo alla Carta: “la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri *tenendo in debito conto* le Spiegazioni...”.

Carta”⁵¹².

Tra tali disposizioni generali “sull’interpretazione e applicazione della Carta” ve ne sono alcune di immediato interesse per quanto riguarda il rapporto tra il sistema di tutela dei diritti comunitario e quello convenzionale. Si allude in modo particolare all’articolo 52(3) della Carta di Nizza, dedicato alla “portata ed interpretazione dei diritti e principi [della CDFUE]”, il quale dispone: “laddove la Carta contenga diritti *corrispondenti* a quelli garantiti dalla CEDU, il *significato* e la *portata* degli stessi sono *uguali* a quelli conferiti dalla CEDU”; e che “la presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”.

Certamente, la disposizione solleva molti e notevoli interrogativi: abbiamo una distinzione tra diritti della Carta “corrispondenti” a diritti CEDU e non; solo in relazione ai primi, la prescrizione di attribuire loro il medesimo “significato” e la medesima “portata” dei diritti convenzionali.

Prima facie, se ne ricava che l’autorità che utilizzi nel proprio ragionamento giuridico diritti grossomodo omologhi (“corrispondenti”) a quelli contenuti nel catalogo convenzionale è tenuta ad attribuirgli significato identico a questi e a sussumerne nel campo applicativo le medesime fattispecie concrete. In definitiva, nelle ipotesi in questione, *prima facie* si pone una regola particolarmente stringente di interpretazione conform” in merito sia all’attività di interpretazione in astratto sia all’attività di interpretazione in concreto, riferita ad un testo normativo (evidentemente) reputato materialmente superiore alla Carta⁵¹³.

È poi prevista un’eccezione a tale stringente regola di interpretazione conforme, poiché il diritto dell’Unione può garantire una protezione dei diritti “più estesa” di quella convenzionale (e, dunque, l’interpretazione in astratto e/o l’interpretazione in concreto dei diritti grossomodo omologhi può non essere identica a quella convenzionale).

⁵¹² Le “Spiegazioni” sono un documento, idealmente e sostanzialmente separato dal testo delle Carta europea che, “benché non abbiano di per sé status di legge, rappresentano un prezioso strumento d’interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta”. Si veda: K. Lenaerts, “Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pag. 401: “The question is then what interpretative value one must give to the explanations relating to the Charter. Are they a manifestation of the ‘authentic interpretation’ of the Charter or just ‘certified travaux préparatoires’? The difference in value between those two options is by no means irrelevant.”

⁵¹³ La distinzione è, ovviamente, quella di: R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pagg. 15 e ss.

Insomma, è possibile distaccarsi dalla Convenzione, purché ciò non avvenga, *prima facie*, a detrimento di una soglia *minima* e inderogabile di tutela dei diritti, rappresentata dalla CEDU. Come già rilevato altrove, tuttavia, effettuare una comparazione tra ‘livelli’ di tutela o sistemi di protezione, al fine di individuare il livello di tutela “più elevato” può costituire, perlomeno nella maggior parte delle ipotesi, operazione del tutto opinabile ed essenzialmente discrezionale⁵¹⁴.

Come noto, sia il Trattato di Lisbona sia la Carta dei diritti, richiedono poi di “tenere in debito conto” le Spiegazioni allegate.

La “spiegazione” relativa all’art. 52(3) si apre affermando che la finalità della disposizione è quella di “assicurare la *necessaria* coerenza” tra la Carta e la CEDU: il che sembra del tutto coincidente con la funzione dell’interpretazione conforme. Viene precisato che nella “portata” dei diritti devono intendersi incluse le “limitazioni ammesse” ai diritti del catalogo convenzionale che, dunque, si intendono applicabili anche ai diritti comunitari⁵¹⁵; di esse deve, dunque, tenere conto il legislatore comunitario o nazionale (in caso di attuazione del diritto dell’Unione), ma “senza che ciò pregiudichi l’autonomia del diritto dell’Unione e della Corte di Giustizia dell’Unione europea”⁵¹⁶.

La “spiegazione” chiarisce poi che “la corrispondenza” riguarda tanto i diritti previsti nella convenzione quanto nei protocolli e che, significativamente, il “significato” e la “portata” dei diritti devono essere individuati “anche dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo e della Corte di Giustizia dell’Unione europea”. Si rinviene anche un elenco di diritti della Carta che “possono essere considerati corrispondenti” ai diritti della CEDU, ferme restando possibili evoluzioni del diritto, della legislazione e dei trattati; all’interno dell’elenco, si distinguono, tuttavia, diritti della Carta con

⁵¹⁴ Vedi Capitolo III paragrafo 4.2. (“La dottrina dell’interpretazione conforme a Convenzione: evoluzioni, limiti, problemi”) e 5 (“Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo”).

⁵¹⁵ Il riferimento può forse essere inteso come riferito alla clausola che prevede le limitazioni ammesse ai (*rectius* ad alcuni dei) diritti convenzionali: base legale, natura di misura necessaria in una società democratica, a tutela di altri interessi tassativamente previsti. Tuttavia, anche l’art. 52(1) prevede un “sistema di limitazioni” per i diritti comunitari, tra l’altro non perfettamente coincidente con quello convenzionale, di cui non sono regolamentati i reciproci rapporti.

⁵¹⁶ Spiegazione relativa all’articolo 52 — Portata e interpretazione dei diritti e dei principi.

“significato” identico ma “portata” più ampia. Infine, la “spiegazione” afferma, in relazione all’ultima parte della disposizione di cui all’art. 52(3) che essa è volta a consentire all’Unione di garantire una “protezione più estesa” ma che, “in nessun caso”, la protezione accordata dalla Carta può situarsi ad “un livello inferiore” di quello garantito dalla CEDU.

Generalmente, la dottrina europeistica ricostruisce l’articolo 52(3) in modo tale da esaltare al massimo il riferimento alla CEDU *così come* interpretata dalla Corte di Strasburgo: vi è chi afferma che la Convenzione costituisca un punto di riferimento “obbligato e necessario” per l’interpretazione della Carta⁵¹⁷, chi la ritiene ormai “incorporata” e facente parte del diritto dell’Unione⁵¹⁸. La Convenzione rappresenta uno “standard minimo” di protezione, mai suscettibile di “ribassi” di tutela, ma solo di

⁵¹⁷ Tra le voci più autorevoli che affermano addirittura l’esistenza di un “vincolo” alla giurisprudenza convenzionale: K. Lenaers, E. de Smijter, “A ‘Bill of Rights’ for the European Union” in *Common Market Law Review* vol. 38, 2001, pagg. 273 e ss. (pag. 296 “Article 52(3) of the Charter does not expressly refer to the case law of the European Court of Human Rights. [...] However, since the European Court of Human Rights and its jurisdiction are established by the ECHR and that Court interprets the rights guaranteed by the ECHR *ex tunc*, it must be assumed that the case law of the European Court of Human Rights forms an integral part of the meaning and scope of these rights. When applying provisions of the Charter, the Court of Justice will therefore be obliged to take over the interpretation given by the European Court of Human Rights to corresponding rights guaranteed by the ECHR”); K. Lenaerts, “Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pag. 395: “it does not come as a surprise that the approach encapsulated in Article 52(3) of the Charter is no less than the codification of the case-law of the ECJ, according to which the ECHR, as interpreted by the ECtHR, has ‘special significance’ in the protection of fundamental rights within the EU legal order”).

⁵¹⁸ Sull’incorporazione, vedi: W. Weiß, “Human rights in the EU: Rethinking the role of the European Convention on Human Rights after Lisbon”, in *European Constitutional Law Review* vol. 7, 2011, pagg. 64 e ss. (si veda pag. 75 e ss.: “The special significance of the Convention for the fundamental rights protection in the EU to which the case-law of the ECJ regularly refers is nevertheless retained by the Lisbon Treaty, but at a higher level. No longer is it a (mere) inspirational source (albeit a prominent one), but it forms the main substantial foundation of EU fundamental rights”).

In generale: D. Ashiagbor, N. Countouris, I. Lianos (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press 2012; T. Lock, “The ECJ and the ECtHR: the Future Relationship between the two European Courts” in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pagg. 375 e ss.; L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe: commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005; B. Favreau, V. Skouris, (sous la direction de), *La charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant 2010; A. Weber, “La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 64, 2002, pagg. 79 e ss.; R. Alonso García, “La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea”, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, vol. 209, 2000, pagg. 3 e ss.;

ampliamenti e rafforzamenti⁵¹⁹, con ciò essendosi posto un limite all'autonomia della Corte di Giustizia⁵²⁰.

La Carta di Nizza è vista, dunque, come un testo *aperto*, nella logica del costituzionalismo multilivello: un catalogo moderno che, prendendo atto della compresenza di molteplici *livelli* di tutela dei diritti, prescrive in termini particolarmente stringenti *apertura e dialogo* sui diritti con gli ordinamenti e le Corti dei *livelli* contigui all'ordinamento comunitario⁵²¹.

⁵¹⁹ S. Brittain, "The Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis" in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, no. 3, 2015, pagg. 482 e ss.

⁵²⁰ J. Calleawert, "Do we still need article 6(2) TEU? Consideration on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences", in *Common Market Law Review* vol. 55, issue 4, 2018, pag. 1685 e ss. (pag. 1699 "the EU legislature appears to have, of its own free will, reduced the scope of EU law autonomy *vis-à-vis* the ECHR by allowing higher but not lower standards, thereby implicitly expressing the view that respect for EU law autonomy and respect for the Convention standards can and should be combined"). Similmente, K. Lenaerts, "Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights" in *European Constitutional Law Review*, vol. 8, issue. 3, 2012, p. pagg. 375 e ss.; S. Vezzani, "L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia" in *Rivista di diritto internazionale* 1/2016, pagg. 68 e ss. ("per il tramite dell'art. 52, par. 3, della Carta, la giurisprudenza di Strasburgo vincola già le istituzioni dell'Unione nell'individuazione di alcuni *standards* di tutela non derogabili *in peius*, relativamente alle disposizioni della CEDU che abbiano un corrispondente nella Carta"); S. Douglas-Scott "The Relationship Between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon, in S.de Vries, U. Bernitz, S. Weatherill (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pagg. 40 e 41; T. Roes, B. Petkova, "Fundamental Rights in Europe after Opinion 2/13: The Hidden Promise of Mutual Trust" in C. Landfried (ed.), *Judicial Power: How Courts Affect Political Transformations* (Cambridge University Press, 2018) (Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098388> , in C. Landfried (ed), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, (pag. 205: "In Article 52(3), the Charter creates an 'interpretive bridge' between the European Union fundamental rights regime and the Convention")

⁵²¹ S. Iglesias Sánchez, "The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights" in *Common Market Law Review* vol. 49, issue ..., 2012, pagg. 1565 e ss. (pag. 1602: "Openness in itself is a distinctive element of the EU fundamental rights' system, as designed by the pre-Lisbon *judicial* approach. The Charter does not put an end to this, since its horizontal provisions demonstrate a well-marked permeability, thereby consolidating an understanding of the process of formulation and interpretation of fundamental rights as a dynamic process. In this regard, the relationship between the two systems is explicitly addressed by Article 52(3) CFREU, quoted above, which ties to the ECHR the meaning and scope of those rights which correspond to the rights of the Convention"). Della stessa opinione, il Presidente della Corte di Giustizia Koen Lenaerts: discorso tenuto all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo (reperibile sul sito istituzionale della Corte europea di Strasburgo): "it does not follow from the fact that the Charter is centre stage in the EU system of fundamental rights protection that the CJEU is required to adopt an isolationist or 'EU centric' approach. On the contrary, the Charter mandates the CJEU to embrace openness and dialogue, in the field of fundamental rights, with the legal orders that surround the EU".

La seconda novità del Trattato di Lisbona, che si accompagna alla previsione del catalogo dei diritti, è la prescritta adesione dell'Unione europea alla CEDU, vero e proprio punto di arrivo di una discussione - politica e giuridica - più che trentennale⁵²².

L'adesione - di cui invero da sempre è stato predicato il carattere strumentale al miglioramento dell'immagine all'incremento della 'credibilità' dell'Unione sul tema dei diritti -, è indubbiamente idea rispondente alla volontà di rafforzare il cammino costituzionale dell'Unione⁵²³. Tuttavia, l'accessione certamente riveste anche una funzione pratica, per risolvere problemi giuridici e tecnici inerenti al sistema di protezione dei diritti comunitario - come le limitazioni alla giurisdizione della Corte di Giustizia, la strettezza delle condizioni che permettono un ricorso individuale a tale organo e, come già evidenziato, il rischio di conflitti interpretativi tra le due Corti -⁵²⁴.

In ogni caso, le radici del dibattito sull'opportunità, praticabilità ed utilità dell'accessione si legano strettamente alla riflessione sull'adeguatezza del sistema di tutela dei diritti incentrato sui principi generali.

È del 1979 il *Memorandum* della Commissione in cui "il modo migliore per soddisfare la necessità di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario" è individuato proprio nella "formale adesione della Comunità alla Convenzione europea del 4 novembre 1950 sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"⁵²⁵. La proposta, esaminata in maniera del tutto marginale dal Consiglio nel 1986, acquista il carattere di attualità con la richiesta di parere alla Corte di Giustizia

⁵²² J. P. Jacqué, "The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms", in *Common Market Law Review*, vol 48, issue 4, 2011, pagg. 999 e ss.

⁵²³ Si legga: Editorial Comment, in *Common Market Law Review* 1996, pag. 217: "Those who plead for the accession of the European Community - or European Union, whose legal personality it would then be necessary to recognize- to the European Convention on Human Rights, admit that this accession would have primarily *symbolic* significance. Its real significance is limited, as long as all the Member States of the European Union are - as is presently the position, and as will very likely be required in the future- members of the Council of Europe and High Contracting Parties to the European Convention on Human Rights"; K. Raba, "Closing the Gasp in the Protection of Fundamental Rights in Europe: Accession of the EU to the ECHR", pag. 23: "First and foremost, EU accession to the ECHR would mean enhanced accountability and credibility both internally and externally. As such, this is a major symbolic and practical step for the EU".

⁵²⁴ F. van den Berghe, "The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?" in *European Law Journal*, vol. 16, n. 2, 2010, pagg. 112 e ss.

⁵²⁵ Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, COM (79) 210.

del 1993, tramite la quale la presidenza del Consiglio belga ha provocato il giudizio sull'attribuzione (esplicita o implicita) alla Comunità della competenza ad accedere alla CEDU. Nel controverso parere n. 2 del 1994⁵²⁶ - in cui si afferma che l'adesione della Comunità alla CEDU, determinando una “*modificazione sostanziale* dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti”, possiede “rilevanza costituzionale” e, dunque, richiede un emendamento della “costituzione” comunitaria⁵²⁷ -, la Corte di Giustizia ha essenzialmente rimesso ad un accordo politico tra Stati la decisione sull'adesione, richiedendo una modifica dei Trattati istitutivi.

Con l'inserimento della specifica base legale per l'adesione - articolo 6(2) del Trattato sull'Unione europea come precisato dal protocollo n. 8 allegato - gli Stati membri hanno, evidentemente, ottemperato a tale decisione⁵²⁸.

Il complesso procedimento di negoziazione è (quasi inaspettatamente) giunto ad un punto di arrivo con l'elaborazione di un “progetto di accordo di adesione” da parte dei negoziatori delle due parti nel 2013⁵²⁹.

Tralasciando i numerosi problemi tecnico-giuridici posti dal progetto di accordo, a prima vista l'adesione ivi prospettata sembra potenzialmente idonea ad incidere in due distinti modi sui rapporti tra Corte di Giustizia dell'Unione e Corte europea dei diritti dell'uomo.

In primo luogo, la CEDU sarebbe finalmente incorporata nel diritto comunitario,

⁵²⁶ Oggetto di critiche generalizzate da parte della dottrina e, al contempo, interveniente su un tema rispetto al quale gli stessi Stati membri apparivano fortemente divisi. Vedi però: G. C. Rodriguez Iglesias, “The Court of Justice, Principles of EC Law, Court reform and Constitutional Adjudication”, Address delivered at the Opening of the XX FIDE Congress in London in Oct 2002. The address was delivered in the capacity of President of the Court of Justice of the EC: “I should like to emphasize that this Opinion did not in any way constitute the expression of a negative attitude on the part of the Court of Justice towards the principle of such accession, still less the manifestation of any reluctance to occupy a position subordinate to the Strasbourg Court in the field of human rights”.

⁵²⁷ Parere della Corte di Giustizia del 28 marzo 1996, *Parere 2/94*, EU:C:1996:140 par. 35.

⁵²⁸ Specularmente, l'art. 17 del Protocollo n. 14 allegato alla CEDU ha introdotto nel corpo della convenzione la disposizione per cui “l'Unione europea può accedere alla Convenzione” (art. 59.2).

⁵²⁹ Sul procedimento *ex art.* 218 TFUE e sul “progetto di accordo di adesione”, vedi F. Korenica, *The EU accession to the ECHR: between Luxembourg's search for autonomy and Strasbourg's credibility on human rights protection*, Chaim, Springer, 2015.

diventando diritto comunitario vigente⁵³⁰. Come noto, la Corte di Giustizia ha elaborato una dottrina specifica sul ruolo e il rango degli accordi internazionali stipulati dall'Unione, in particolare assegnando loro una posizione intermedia tra diritto primario e diritto secondario comunitario⁵³¹.

In secondo luogo, l'Unione europea verrebbe ad assumere l'obbligazione internazionale di garantire i diritti della Convenzione a tutti i soggetti - non solo ai cittadini europei - che si trovino entro la propria giurisdizione⁵³²; soprattutto, essa si *aprirebbe* al controllo (giurisdizionale, esterno e sussidiario) della Corte di Strasburgo su eventuali violazioni. Dalla lettura (invero non troppo agevole) del progetto di accordo di adesione, è possibile evidenziare i seguenti cambiamenti nel rapporto tra la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo.

In primo luogo, a seguito dell'adesione, la Corte di Strasburgo estenderà la propria giurisdizione all'esame delle presunte violazioni dei diritti ad opera dell'Unione, cioè su quelle condotte ("atti, misure od omissioni") imputabili alle "istituzioni, organi, uffici, agenzie o agenti" comunitari⁵³³. In ogni caso, il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo ha carattere sussidiario e il previo esaurimento dei rimedi interni costituisce condizione di ammissibilità dello stesso: nel caso in esame, dunque, dovranno essere esperite le vie di ricorso previste dal diritto dell'Unione, se effettive, esistenti e aperte all'individuo⁵³⁴.

⁵³⁰ Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *R. & V. Haegeman*, C-181/73, EU:C:1974:41: "dal momento dell'entrata in vigore, le disposizioni dell'accordo [internazionale] fanno parte integrate del diritto comunitario".

⁵³¹ Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, C-61/94, EU:C:1996:313, par. 52 "...la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità sulle norme di diritto comunitario derivato impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme agli accordi". Tale formale "comunitarizzazione" della CEDU risulta, in ogni caso, accompagnata dalla dottrina sui principi generali del diritto comunitario - da cui, come visto, è derivata una comunitarizzazione 'di fatto' - e dalla positivizzazione della direttiva di interpretazione conforme a Convenzione, perlomeno per i diritti comunitari reputati ad essa "corrispondenti".

⁵³² E. Vitale (a cura di), *Luigi Ferrajoli, Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2002, pag. 23: "Non più diritti di cittadinanza, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze".

⁵³³ Art. 1(3) del Progetto di accordo di adesione.

⁵³⁴ Naturalmente, nelle ipotesi in cui non vi siano ricorsi esperibili o non siano nella disposizione dell'individuo (ad esempio nell'ambito della "politica estera e di sicurezza comune"), è evidente che sarà legittimo e possibile un ricorso *per saltum* alla Corte di Strasburgo.

È bene evidenziare che la regola processuale risulta utile a garantire la possibilità per la Corte di Giustizia di pronunciarsi *per prima* sulla eventuale violazione dei diritti fondamentali alla luce della Carta di Nizza. Tale evenienza permetterebbe così alla Corte di Strasburgo di poter decidere sul ricorso tenendo presente ed apprezzando ‘il punto di vista’ della Corte di Giustizia sulla singola questione.

In secondo luogo, l’adesione è destinata ad incidere sulle ipotesi di responsabilità degli Stati membri per le condotte tenute in attuazione del diritto comunitario.

In merito a tale aspetto, la Corte di Strasburgo ha dettato una dottrina sulle violazioni dei diritti *indirettamente* ascrivibili all’ordinamento comunitario distinguendo tra le condotte di stretta attuazione di obbligazioni comunitarie degli Stati e le condotte che, pur collegate al diritto dell’Unione, vengono considerate esercizio di discrezionalità degli Stati membri. Altrove è stato già evidenziato come tale distinzione risulti labile, giuridicamente poco stringente e problematicamente - perlomeno nell’ottica del diritto comunitario e della Corte di Giustizia) rimessa in via unilaterale alla definizione della Corte di Strasburgo.

Con l’adesione, invero, la distinzione dogmatica perde di rilevanza, poiché sarà possibile dirigere il ricorso congiuntamente contro l’Unione europea e uno o più Stati membri, anche per effetto di un complesso meccanismo processuale, attivabile per iniziativa delle Alte parti contraenti o per decisione della Corte di Strasburgo stessa (“co-respondent mechanism” letteralmente “meccanismo del convenuto aggiunto”)⁵³⁵. In ogni caso, in tali ipotesi, la regola del previo esaurimento dei rimedi interni comporterà, *normalmente*, il deferimento alla Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale d’interpretazione o di validità del diritto comunitario⁵³⁶, alla luce del parametro costituito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

In queste ipotesi, alla Corte di Giustizia è offerta la possibilità di pronunciarsi *per prima* sulla eventuale violazione dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario e di illustrare le ragioni sottese ad eventuali bilanciamenti tra diritti o interessi comunitari e la sussistenza di limitazioni legittime ai diritti. In ogni caso, qualora il ricorrente, non

⁵³⁵ Art. 3 del Progetto di accordo di adesione che ne prevede nel dettaglio la casistica.

⁵³⁶ Si veda, del resto, la decisione di ammissibilità *Case Laurus Invest Hungary KFT and Others v. Hungary*, app. n. 23265/13 *et al.* dell’8 settembre 2015, in cui il ricorso, inoltrato a Strasburgo in pendenza di una decisione della Corte di Giustizia, viene dichiarato inammissibile per violazione della regola del previo esaurimento dei rimedi interni.

soddisfatto delle vie di ricorso interne, decida di adire la Corte Edu, questa è in grado di decidere sul ricorso apprezzando ‘il punto di vista’ espresso dalla Corte dell’Unione europea nella decisione resa in via pregiudiziale.

Tuttavia, non sempre le autorità giudiziarie nazionali utilizzano il meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e ciò per i motivi più vari⁵³⁷. Tuttavia, tali eventuali ‘malfunzionamenti’ dell’istituto del rinvio pregiudiziale sono stati neutralizzati dalla previsione di uno specifico meccanismo processuale di “previo coinvolgimento” del giudice del Lussemburgo⁵³⁸. La Corte di Giustizia viene *comunque* messa in condizione di pronunciarsi sulla compatibilità con i diritti fondamentali delle disposizioni comunitarie ovvero (così lascia intendere il testo dell’accordo) della normativa nazionale di attuazione del diritto dell’Unione: *in ogni caso*, la Corte di Strasburgo potrà esaminare il ricorso apprezzando ‘il punto di vista’ del giudice del Lussemburgo sui diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario.

Proprio in considerazione delle specificità dell’Unione europea e del suo diritto, dunque, è sempre garantita la possibilità per la Corte di Giustizia di esprimersi *preventivamente* sul diritto comunitario. In questo modo risulta assicurato a tale giudice proprio quel *diritto di prima parola* che, nelle dinamiche del dialogo nello spazio costituzionale europeo, le Corti supreme o costituzionali nazionali rivendicano nei confronti della stessa giurisdizione comunitaria.

5. Autonomia dell’interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali comunitari

Nonostante la presunta *apertura* dell’Unione europea alla CEDU e la presunta *vocazione al dialogo* della Carta di Nizza, a dieci anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona è possibile affermare che non si registrano mutamenti nei rapporti tra la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell’uomo.

In primo luogo, poiché disgraziatamente anche le disposizioni che riguardano l’interpretazione delle fonti (come ogni altra disposizione normativa) sono oggetto di

⁵³⁷ Si pensi, ad esempio, alla dottrina dell’*acte clair* del *Conseil d’État* francese, con cui l’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia è stata fortemente ridimensionata.

⁵³⁸ Art. 3(6) del Progetto di accordo di adesione.

interpretazione, la Corte di Giustizia ha dato dell'art. 52(3) una lettura affatto diversa da quanto auspicato dalla dottrina: né “vincolo stringente” alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, né regola di stretta interpretazione conforme a Convenzione.

In generale, viene infatti ribadita la *formale* estraneità della CEDU all'ordinamento dell'Unione, tanto ai sensi del diritto internazionale pubblico, quanto ai sensi del diritto comunitario. La Corte di Giustizia, nell'affrontare le questioni pregiudiziali d'interpretazione che le vengono proposte e che spesso fanno riferimento congiuntamente e alla Carta di Nizza e alla Convenzione europea, è ferma nel precisare che, fino a quando non sarà perfezionata l'adesione, quest'ultima non costituisce “un atto giuridico *formalmente* integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione”⁵³⁹.

In generale, poi, per i giudici e per gli Avvocati generali della Corte di Giustizia, la Carta costituisce “indefettibile punto di partenza” del ragionamento giuridico, collocandosi al “centro del sistema” comunitario di tutela dei diritti, di cui costituisce “fonte principale”: spesso, a fronte di richiami puntuali al diritto giurisprudenziale convenzionale nell'ordinanza di rinvio, viene ribadito che “l'esame della validità [dell'atto comunitario] deve essere svolto alla luce *unicamente* dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta”⁵⁴⁰.

Tali considerazioni, che si spiegano in considerazione della formale estraneità della Convenzione all'ordinamento comunitario - nonché dell'esaurimento del ruolo vicario

⁵³⁹ Prima del parere 2/13, sentenza della Corte, Grande Sezione, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, del 26 febbraio 2013, EU:C:2013:105, (par. 44: “i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione”); mentre, successivamente, sentenza della Corte del 6 ottobre 2016, *Gianpaolo Paoletti e a.*, C-218/15, EU:C:2016:748, par. 21.

⁵⁴⁰ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 febbraio 2016, *J.N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, par. 32 e ss.: “...le spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta indicano che il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, ‘senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea’. Peraltro, secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta”. Vedi anche sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 14 settembre 2017, *K.*, C-18/16, EU:C:2017:680, par. 32 e ss.; sentenza della Corte del 14 settembre 2017, *K.*, C-18/16, EU:C:2017:680, par. 32 e ss.; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, C-426/16, EU:C:2018:335.

da essa svolto nel sistema - sono, tuttavia, state censurate dalla dottrina, viste alla stregua di un modo per enfatizzare l'autosufficienza del sistema e la chiusura dello stesso⁵⁴¹.

Quanto alle questioni preliminari d'interpretazione del diritto comunitario, la rilevanza assegnata alla Convenzione è estremamente variabile e, rispetto al quadro antecedente all'adozione del Trattato di Lisbona, il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si fa ancora più "occasionale e selettivo"⁵⁴². E così, a volte, le questioni in materia di diritti fondamentali trovano risposta unicamente sulla base dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁵⁴³; altre volte l'unico testo utilizzato è la Convenzione⁵⁴⁴ e si ribadisce che "della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *va tenuto conto*, in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, per interpretare" la Carta comunitaria⁵⁴⁵. Spesso, al termine del proprio ragionamento giuridico, la Corte di Giustizia effettua uno scrutinio estrinseco di compatibilità

⁵⁴¹ Così, criticamente, S. Douglas-Scott "The Relationship Between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon, in S.de Vries, U. Bernitz, S. Weatherill (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

⁵⁴² G. de Burca, "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator" in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 2, 2013, pagg. 168 e ss. (pag. 173: "What is evident [...] is that there has been a remarkable lack of reference on the part of the Court of Justice to other relevant sources of human rights law and jurisprudence. Apart from a very occasional and increasingly selective use of the case law of the European Court of Human Rights, there have been virtually no references to other human rights jurisprudence or rulings").

⁵⁴³ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2016, *Gianpaolo Paoletti*, C-218/15, EU:C:2016:748, par. 21 e 22; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, C-426/16, EU:C:2018:335.

⁵⁴⁴ Sentenza della Corte del 22 dicembre 2017, *Samet Ardic*, C-571/17 PPU, EU:C:2017:1026 par. 74: A tal fine, la Corte assicura che l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 sia interpretato e applicato conformemente ai requisiti di cui all'articolo 6 della CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ad essi relativa.

⁵⁴⁵ Sentenza della Corte (Grande sezione) del 18 dicembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, par. 47.; sentenza della Corte (Grande sezione) del 7 maggio 2014, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14., EU:C:2015:824, par. 54; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 giugno 2018, *Relu Adrian Coman e a.*, C-673/16, EU:C:2018:385, par. 49.; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 marzo 2019 *SM*, C-129/18, EU:C:2019:248.

convenzionale⁵⁴⁶, in conformità con l'idea che la CEDU costituisca un mero "livello minimo di protezione"⁵⁴⁷ oppure che "l'interpretazione dei diritti [corrispondenti alla CEDU] previsti dalla Carta assicuri un livello di protezione che *non conculchi* quello garantito [dalla] CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo"⁵⁴⁸. In merito alla regola di cui all'art. 52(3), spesso, si trova ripetuta l'affermazione per cui pur essendo volta "ad assicurare la necessaria coerenza" tra la Carta stessa e la CEDU, essa non "pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia

⁵⁴⁶ Sentenza della Corte del 5 aprile 2017, *Massimo Orsi e Luciano Baldetti*, cause riunite C-217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264, par 24 e 25: "infine, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, nella misura in cui l'articolo 50 della medesima contiene un diritto corrispondente a quello previsto all'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, occorre garantire che la predetta interpretazione dell'articolo 50 della Carta non sia in contrasto con il livello di tutela garantito dalla CEDU. Ebbene, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il fatto di infliggere sia sanzioni tributarie che sanzioni penali non costituisce una violazione dell'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte (Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, CE:ECHR:2014:0520JUD00353211, § 51)"; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, par. 60: "infine, nella misura in cui la Carta contiene diritti corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, prevede che il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. Occorre dunque tenere conto dell'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU ai fini dell'interpretazione dell'articolo 50 della Carta. A tale riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni tributarie e penali volte a reprimere una medesima violazione della legge tributaria non lede il principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quando i procedimenti tributari e penali di cui trattasi presentano un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto (sentenza della Corte EDU del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*)".

⁵⁴⁷ Sentenza della Corte del 15 marzo 2017, *Salah Al Chodor e a.*, C-528/15, EU:C:2017:213, par. 37: "Laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta prevede che il significato e la portata degli stessi siano uguali a quelli conferiti da tale Convenzione, precisando al contempo che il diritto dell'Unione può concedere una protezione più estesa. Ai fini dell'interpretazione dell'articolo 6 della Carta, si deve quindi tener conto dell'articolo 5 della CEDU in quanto livello minimo di protezione".

⁵⁴⁸ Sentenza della Corte del 26 settembre 2018, *X*, C-175/17, EU:C:2018:776, par. 35: A tale riguardo, si deve ancora ricordare che, giacché la Carta contiene diritti corrispondenti ai diritti garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta è inteso ad assicurare la necessaria coerenza tra i diritti contenuti nella Carta e i corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Secondo le spiegazioni relative all'articolo 47 della Carta, il primo comma di detto articolo si fonda sull'articolo 13 della CEDU. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita all'articolo 47, primo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 13 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo,

dell'Unione europea"⁵⁴⁹.

L'unico punto fermo che emerge dalla congerie di decisioni, dunque, è che *non* risulta alcuno stringente obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea⁵⁵⁰.

In secondo luogo, l'accessione dell'Unione europea alla CEDU, come delineata nel progetto di accordo di adesione, è ormai lontana dal realizzarsi: e ciò non a causa di riserve e resistenze politiche o per la farraginosità del procedimento, bensì perché la Corte di Giustizia ha giudicato il progetto di accordo di adesione incompatibile con il diritto primario dell'Unione europea sotto una molteplicità di profili, sostanziali e processuali⁵⁵¹.

La Commissione europea ha, infatti, domandato il parere della Corte di Giustizia circa la compatibilità del progetto di accordo internazionale di adesione con i Trattati. Tale facoltà è del resto prevista dall'art. 218 TFUE, il quale precisa altresì che, in caso di parere negativo, l'accordo non può entrare in vigore a meno che non sia modificato in modo tale da superare le censure del giudice ovvero a seguito di una modifica delle disposizioni dei Trattati ostative. Il parere della Corte di Giustizia, dunque, è una sorta di decisione resa nell'ambito di un giudizio di costituzionalità astratto e *a priori*, avente ad oggetto il progetto di accordo internazionale, sulla base del parametro costituito dai Trattati; in caso di incostituzionalità, delle due l'una: o viene modificato l'oggetto ovvero viene emendato il parametro.

L'esito negativo del molto atteso parere non ha solo smentito le aspettative della generalità della comunità giuridica, ma si è altresì posto in controtendenza rispetto

⁵⁴⁹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, Cause riunite C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, par. 129: "Inoltre, occorre ricordare che le spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta precisano che l'articolo 52, paragrafo 3, di quest'ultima intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta stessa e la CEDU, 'senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea'. In particolare, come espressamente previsto dall'articolo 52, paragrafo 3, seconda frase, della Carta, l'articolo 52, paragrafo 3, prima frase, di quest'ultima non osta a che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa di quella offerta dalla CEDU. A ciò si aggiunge infine il fatto che l'articolo 8 della Carta riguarda un diritto fondamentale distinto rispetto a quello sancito all'articolo 7 della Carta e che non trova alcun equivalente nella CEDU".

⁵⁵⁰ J. Krommendijk, "The Use of ECtHR Case Law by the Court of Justice after Lisbon" in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, no. 6, 2015, pagg. 812 e ss.; J. Callewaert, 'Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences', in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 6, 2018, pagg. 1685 e ss.

⁵⁵¹ Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014 n. 2/13, EU:C:2014:2454.

all'opinione espressa dai rappresentanti delle istituzioni comunitarie, dagli Stati membri e dello stesso Avvocato generale Julienne Kokott.

Ai più la decisione - tra l'altro definita "deludente" dall'allora Presidente della Corte di Strasburgo Dean Spielmann⁵⁵²- è sembrata "sorprendente e controversa"⁵⁵³, una vera e propria "bomba"⁵⁵⁴; un "pericolo per la protezione dei diritti in Europa"⁵⁵⁵; una "mossa audace per difendere il carattere *esclusivo* della giurisdizione della Corte di Giustizia"⁵⁵⁶. I commentatori hanno letto nel parere una difesa delle prerogative della Corte di Giustizia, anche a dispetto della possibilità di un rafforzamento della tutela dei

⁵⁵² European Court of Human Rights, "President Dean Spielmann, Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights, Opening Speech, 30 January 2015", in *HUDOC* (2015), reperibile su: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_SolemnHearing_2015_ENG.pdf

⁵⁵³ L. H. Storgaard, "EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection - On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR" in *Human Rights Law Review*, vol. 15, n. 3, 2015, pag. 485.

⁵⁵⁴ S. Douglas-Scott, "Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice", in *Verfassungsblog, Blog*, 24 Dicembre 2014, reperibile su: <https://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/>

Della stessa autrice, S. Douglas-Scott, "Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR" in *Swedish European Law Journal* special edition 2016, pagg. 29 e ss..

⁵⁵⁵ S. Peers, "The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection", in *EU Law Analysis Blog* on EU law, 19 Dicembre 2014, reperibile su: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>

⁵⁵⁶ A. Lazowski, A. W. Ramses, "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR" in *German Law Journal*, vol. 16, n. 1, 2015, pag. 204. Similmente, anche: *Editorial*, "Back and Forth Between Sovereignty and Constitutionalism: The Court of Justice's Constitutional Case Law" in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, pagg. 665 e ss. (pag. 670: "It was the sovereignty of the EU, and more particularly that of the Court, which was decisive at the expense of the protection of rights of citizens. Priority at any price").

diritti dei cittadini europei⁵⁵⁷, un vero e proprio ostacolo per un genuino “dialogo” tra le due corti⁵⁵⁸.

Quale che sia il giudizio sul parere n. 2 del 13 e sulla sua argomentazione, si tratta indubbiamente di una pronuncia che si candida a divenire uno dei *grands arrêts* della Corte di Giustizia: annotata da europeisti, internazionalisti, costituzionalisti, ha suscitato diatribe e commenti su *blog* giuridici, dando vita ad un dibattito paragonabile a quello

⁵⁵⁷ M. Bonelli, L. Besselink, Editorial, “Back and Forth between Sovereignty and Constitutionalism: The Court of Justice’s Constitutional Case Law”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, pagg. 665 e ss. (pag. 669: “[in Opinion 2/13] primacy of EU law and the ‘autonomy’ of the European Court of Justice - understood as the Supreme Court of the Union- were reason to refuse the proposed accession to the European Convention on Human Rights that is mandatory under Article 6(2) TEU. Whatever the merits of some other objections of the Court, on balance it can be said that even these were ultimately overshadowed by *pure considerations of formal and absolute priority*. It was the *sovereignty* of the EU, and more particularly that *of the Court*, which was decisive at the expense of the protection of rights of citizen. Priority at any price”. Vedi anche quanto riportato da: C. Krenn, “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13” in *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, 2015, pag. 147: “To many, the Court did not only frustrate the prospects of enhancing the protection of human rights in Europe - it did so on highly dubious grounds, building a facade of spurious, if not bogus arguments, considering minor and immaterial threats to the autonomy and effectiveness of EU law as adversely affecting the constitutional basis of the Union. Behind this seems to be the CJEU's selfish concern for its own power and position in the European legal area - “judicial politics of the playground,” as Steve Peers put it”. Questa non è l’opinione dell’autore che è tra i pochi, insieme a Daniel Halberstam, ad aver offerto una lettura maggiormente caritatevole del parere 2/13 (nella stessa rivista, D. Halberstam, “It’s the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward” in *German Law Journal*, vol. 16, n. 1, 2015, pagg. 105 e ss.).

⁵⁵⁸ P. Eeckhout “Opinion 2/13 on Eu Accession to ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?” in *Fordham International Law Review* vol. 38, 2015, pag. 38: “Opinion 2/13 is based on a concept of the autonomy of EU law that borders on autarky. The conditions the Opinion imposes on accession—which may not even be exhaustive—stand in the way of a future relationship between the CJEU and the ECtHR to open up space for a genuine dialogue”.

ingenerato dalle storiche pronunce degli anni della costituzionalizzazione dei Trattati⁵⁵⁹. Si è detto che la Corte di Giustizia ha giudicato il progetto di accordo in molteplici aspetti incompatibile con il diritto primario dell'Unione e, in particolare, con quelle disposizioni che prescrivono di “garantire che [l’adesione dell’Unione europea alla CEDU] non incida sulle *caratteristiche specifiche* dell’Unione e del diritto dell’Unione”⁵⁶⁰.

Le caratteristiche specifiche dell’Unione e del suo diritto non sono, disgraziatamente, precisate nei Trattati e, dunque sono ricostruite in maniera piuttosto particolareggiata dalla Corte, il cui ragionamento giuridico è condotto a partire da una serie di assunzioni dogmatiche sulla *natura giuridica* dell’Unione europea. L’Unione, *in negativo*, non è né può giammai essere considerata alla stregua di uno Stato, ma ha una *peculiare natura* o, come da *topos* dottrinario, una natura *sui generis*: essa costituisce un ordinamento giuridico *di nuovo genere*, dotato di proprie istituzioni a favore del quale gli Stati hanno limitato i propri poteri sovrani (in ambiti sempre più ampi), che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi.

Da questa (non dimostrata, assunta aprioristicamente) natura derivano proprio quelle *caratteristiche specifiche*, connotanti sia l’Unione sia il diritto dell’Unione, che i

⁵⁵⁹ *Ex multis*: J. P. Jacqué “CJUE - CEDH : 2-0”, in *Revue trimestrielle de droit européen* 2014 pagg. 823 e ss.; J. Malenovský, “Comment tirer parti de l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne sur l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Revue générale de droit international public* 4/2015, pagg. 705 e ss.; F. Benoit-Rohmer, “À propos de l’avis 2/13 de la Cour de Justice”, in *Revue trimestrielle de droit européen* 3/2015, pagg. 593 e ss.; F. Picod, “La Cour de justice a dit non à l’adhésion de l’Union européenne à la Convention EDH - Le mieux est l’ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg”, in *La Semaine Juridique* 6/2015, pagg. 230 e ss.; Editorial comments, “The EU’s Accession to ECHR - a ‘NO’ from ECJ!”, in *Common Market Law Review* 2015 pagg. 1 e ss.; S. Lambrecht, “The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights”, in *European Human Rights Law Review* 2015 pagg. 185 e ss.; E. Nanopoulos, “Killing two Birds with one Stone? The Court of Justice’s Opinion on the EU’s Accession to the ECHR”, in *The Cambridge Law Journal* 2015 pagg. 185 e ss.; E. Spaventa, “A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015 pagg. 35 e ss.; J. Odermatt, “A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU’s Accession to the European Convention on Human Rights”, in *Journal of International Law and Politics* 2015 pagg. 783 e ss.; J. Martín y Pérez de Nanclares, “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 52/2015, pagg. 825 e ss.; M. E. Gennusa, “Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull’adesione dell’Unione alla CEDU?”, in *Quaderni costituzionali* 2015, pagg. 189 e ss.; S. Vezzani, “L’autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione Europea. Riflessioni all’indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia”, in *Rivista di diritto internazionale* 2016 pagg. 68 e ss..

⁵⁶⁰ La Corte di Giustizia precisa il parametro del proprio scrutinio ai paragrafi nn. 160-164.

Trattati chiedono che siano preservate e non compromesse in alcun modo dall'adesione alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione sono l'avere un autonomo fondamento di validità nei Trattati; l'essere un ordinamento giuridico di nuovo genere, diverso dal diritto internazionale; l'essere preminente sul diritto interno degli Stati membri, anche di rango costituzionale (dottrina della preminenza), e per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni negli ordinamenti nazionali (dottrina dell'effetto diretto)⁵⁶¹.

Secondo la Corte di Giustizia, inoltre, dall'autonomia che il diritto dell'Unione vanta nei confronti del diritto degli Stati membri e del diritto internazionale deriva "necessariamente" che l'interpretazione e l'applicazione dei diritti fondamentali comunitari, ora codificati nella Carta, sia garantita "nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione". L'autonomia del diritto comunitario si estende anche all'interpretazione e all'applicazione dei diritti fondamentali, che si impongono alle autorità degli Stati membri e che contribuiscono essi stessi al processo di integrazione degli Stati, definito la "raison d'être" della stessa UE⁵⁶².

Occorre infine ricordare che le caratteristiche specifiche e l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario sono garantite dal sistema giurisdizionale incentrato sul rinvio pregiudiziale d'interpretazione che, provocando "un dialogo da giudice a giudice" tra la Corte di Giustizia e autorità giudiziarie degli Stati membri, assicura la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione. Più in generale, il rinvio pregiudiziale, che garantisce "la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia del diritto dell'Unione nonché, in ultima istanza, il carattere *peculiare* dell'ordinamento istituito dai Trattati", è attratto tra le caratteristiche specifiche dell'Unione e, dunque, non può essere pregiudicato da

⁵⁶¹ Si veda Capitolo II, par. 2.1.

⁵⁶² S. Douglas-Scott, "Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR" in *Swedish European Law Journal* special edition 2016, pag. 37: "What is notable in these cases is that the CJEU's language is *declaratory* – the autonomy of EU law is announced and proclaimed rather than derived from detailed textual sources. Autonomy is certainly not mentioned in the treaties as an attribute of EU law, nor indeed as an EU value. One might wonder about the aptness and pertinence of such a focus on autonomy in the context of accession to a human rights convention, particularly in the contemporary legal order, in which domestic and international law are often entangled, formal hierarchies are hard to locate, and a 'constitutional pluralism' of orders within Europe might seem to require dialogue rather than an insistence on autonomy. Autonomy and primacy are not the only constitutional principles of great weight. Human rights protection is a crucial component of the constitutional order and ECHR membership requires compliance with ECtHR judgements, even at the expense of autonomy and sovereignty".

alcun accordo internazionale.

La lunga e autoreferenziale rassegna è funzionale a specificare che, in virtù di tale natura dell'Unione - *intrinsecamente* differente da quella delle ordinarie parti contraenti della CEDU -, il controllo esterno e sussidiario della Corte di Strasburgo - ovvero la stessa "raison d'être" della Convenzione europea - può esplicarsi rispetto all'ordinamento comunitario soltanto lasciando impregiudicato *in ogni sua parte* questo sofisticato e complesso quadro costituzionale.

Disgraziatamente (e forse inevitabilmente) la configurata accessione dell'Unione europea alla CEDU è ritenuta in grado di alterare talune di queste caratteristiche specifiche.

In primo luogo, si consideri che i Trattati hanno limitato sotto taluni aspetti la giurisdizione della Corte di Giustizia: ad esempio, vi sono taluni atti adottati nell'ambito della "Politica estera e di sicurezza comune" (PESC) che sfuggono alla giurisdizione della Corte del Lussemburgo. Si tratta, evidentemente, di una 'zona franca' per la tutela dei diritti fondamentali comunitari, poiché non è possibile provocare su di essi un sindacato giurisdizionale. È proprio in riferimento a queste ipotesi, secondo la maggioranza della dottrina, che l'accessione dell'Unione europea configurerebbe un indiscutibile miglioramento della posizione dell'individuo *vis-à-vis* il diritto comunitario, poiché la Corte di Strasburgo sarebbe direttamente ed espressamente legittimata a pronunciarsi sulla conformità a Convenzione "di determinati atti, azioni od omissioni" posti in essere nell'ambito della PESC.

Curiosamente, tuttavia, la Corte di Giustizia ritiene che affidare il controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti fondamentali *in via esclusiva* alla Corte europea dei diritti, giudice *esterno* all'Unione, costituisca una inaccettabile lesione delle caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione: è preferibile una 'zona franca' e, dunque, l'assenza di qualunque controllo giurisdizionale effettivo, ad un controllo *esterno*.

Il progetto di accordo, tuttavia, è suscettibile di ledere le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione anche nelle situazioni in cui la Corte di Giustizia vanta giurisdizione.

La Corte di Giustizia è, infatti, l'istituzione che *decide* il campo di applicazione del

diritto comunitario e tali decisioni non possono essere messe in discussione dalla Corte di Strasburgo: del resto, questo è del tutto coerente con il carattere autonomo dell'ordinamento comunitario, che fonda su di sé la propria autorità e decide autonomamente dell'ambito di validità e dei contenuti delle proprie norme⁵⁶³. E se si applica il diritto comunitario, le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione si impongono alle autorità degli Stati membri, che sono dunque tenute al loro rispetto, secondo una interpretazione (recente ma) costante della Corte di Giustizia⁵⁶⁴. E ancora, il diritto comunitario (incluse le norme della Carta) ha la preminenza sul diritto interno, indipendentemente dal suo posizionamento nella gerarchia nazionale delle fonti o dal suo contenuto materiale: secondo una interpretazione (recente ma) costante della Corte di Giustizia, anche il diritto costituzionale reputato 'maggiormente garantista' o 'favorevole' per la tutela dei diritti fondamentali individuali deve cedere - 'ritirarsi', se vogliamo fare riferimento al linguaggio della sentenza della Corte costituzionale italiana *Granital*-, pena un'inaccettabile compromissione dell'unità e uniformità del diritto dell'Unione⁵⁶⁵.

Pertanto, occorre evitare che la Corte di Strasburgo pregiudichi, anche solo indirettamente, tali caratteristiche specifiche del diritto comunitario.

In particolare, la Corte di Strasburgo deve garantire che sia tutelata la preminenza del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali in relazione a quei diritti della Carta corrispondenti ai diritti garantiti dalla Convenzione, evitando di avallare le posizioni di quegli Stati membri che, adducendo una "più elevata" o "più intensa" tutela dei diritti interna, pregiudichino l'uniforme interpretazione del diritto comunitario. In questo senso, il progetto di accordo di adesione è reputato contrario all'esigenza di salvaguardare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione nella parte in cui *non prevede* che sia precluso agli Stati membri, *anche* ai sensi del diritto internazionale convenzionale, di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta e

⁵⁶³ Parere 2/13, *cit.* par. 186.

⁵⁶⁴ Si tratta della già ricordata interpretazione dell'art. 51(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avanzata per la prima volta nella sentenza *Åkerberg Fransson*.

⁵⁶⁵ Si tratta della già ricordata interpretazione dell'art. 53(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avanzata per la prima volta nella sentenza *Stefano Melloni*.

così il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁵⁶⁶.

La stessa esigenza di evitare che l'accessione alla CEDU cagioni *indirettamente* pregiudizi alle caratteristiche specifiche del diritto comunitario mediante l'accessione dell'Unione alla CEDU è rinvenibile nelle problematiche riscontrate relativamente alla esistenza del Protocollo n. 16, allegato alla CEDU.

Si è visto che tale protocollo prevede la *possibilità*, per le più alte giurisdizioni degli Stati che decidessero di ratificarlo, di richiedere un parere consultivo in corso di giudizio su “questioni di principio circa la interpretazione o applicazione dei diritti garantiti in convenzione”. La *possibilità* per le giurisdizioni degli Stati membri di rivolgersi alla Corte di Strasburgo in relazione a questioni inerenti alla CEDU interferisce con l'*obbligo* che le medesime giurisdizioni hanno di rivolgersi pregiudizialmente alla Corte di Giustizia quando vi sia una questione di interpretazione del diritto comunitario. La *preferenza* per il meccanismo istituito dal protocollo n. 16 potrebbe dunque verosimilmente pregiudicare “l'autonomia e l'efficacia” della procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Tuttavia, vi è anche un ulteriore profilo problematico inerente all'accessione. L'accordo di adesione può verosimilmente compromettere la peculiare natura giuridica dell'Unione e le caratteristiche specifiche del suo diritto nella parte in cui *non prevede* che esistano delle situazioni in cui il diritto comunitario deve applicarsi *in via esclusiva*, anche a discapito del diritto internazionale convenzionale. In particolare, la Corte di Giustizia ritiene che non sia stato debitamente tenuto conto del fatto che gli Stati membri, trasferendo parte dei propri poteri sovrani all'Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti nel campo applicativo del diritto dell'Unione “fossero disciplinati da questo, *con esclusione*, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto”.

⁵⁶⁶ La Corte di Giustizia paventa che gli Stati membri potrebbero sottrarsi all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali comunitari, nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, richiamandosi, davanti alla Corte europea di Strasburgo, all'art. 53 della CEDU. Tale articolo, che è possibile rinvenire nella maggioranza degli accordi internazionali (clausola di invarianza) e che, relativamente alla CEDU, è indicativo del carattere sussidiario del meccanismo di controllo da esso disposto, riserva “la facoltà per le Parti contraenti di prevedere standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti da detta convenzione”. La Corte di Giustizia ritiene che “*occorre assicurare il coordinamento* tra tale norma e l'articolo 53 della Carta, come interpretato dalla Corte, affinché la *facoltà* concessa dall'articolo 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”.

La censura della Corte di Giustizia, lungi dall'essere astratta, ha un oggetto preciso.

Con il Trattato di Lisbona, l'Unione europea si propone il conseguimento di nuovi e diversi obiettivi, come quello di realizzare uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: si tratta di uno spazio "senza frontiere interne", in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, che prevede inoltre "misure appropriate" in materia di immigrazione, accesso alla giustizia, prevenzione e lotta alla criminalità.

Relativamente a questo settore, nel tempo, sono stati adottati (e modificati) atti legislativi peculiari aventi lo scopo di migliorare la cooperazione e il coordinamento tra sistemi giuridici degli Stati membri nella soluzione di problematiche che presentano uno o più elementi di connessione transfrontaliera⁵⁶⁷. Questi atti legislativi sono peculiari in quanto fondati sul principio, "d'importanza fondamentale", della cosiddetta "fiducia reciproca": gli Stati membri dell'Unione, proprio in quanto tali, condividono una serie di *valori*, tra cui il rispetto del diritto dell'Unione e, certamente, dei diritti fondamentali codificati nella Carta. Pertanto, nelle evenienze prese in considerazione dalla legislazione in questione, al fine di preservare l'*efficacia* del diritto dell'Unione in tale settore, le autorità degli Stati membri devono generalmente astenersi dal reciproco scrutinio del rispetto concreto dei diritti fondamentali, evitando così di pregiudicare la creazione e il mantenimento dello spazio senza frontiere interne⁵⁶⁸.

Il diritto (giurisprudenziale) convenzionale dispone affatto diversamente. Generalmente,

⁵⁶⁷ Strumenti normativi che prevedono meccanismi di mutuo riconoscimento dei provvedimenti degli Stati membri: come la decisione quadro del Consiglio sul mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri); i vari regolamenti cd. Bruxelles (I-II bis) sul reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali in materia civile e commerciale. In un certo senso, vi rientra anche il regolamento cd. Dublino (Regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide).

⁵⁶⁸ Così, il giudice di uno Stato membro che dia esecuzione ad un mandato d'arresto europeo emesso da un altro Stato membro deve di regola procedere *direttamente* all'arresto e poi consegnare la persona arrestata alle autorità dello Stato richiedente perché ivi sia processato ovvero scontare una pena detentiva, senza valutare se tale trasferimento esponga la persona a un rischio concreto di violazione dei propri diritti fondamentali, in particolare in riferimento al giusto processo o ad altri aspetti dell'esecuzione penale. Così, le autorità amministrative di uno Stato membro che diano esecuzione alle regole del Regolamento cd. Dublino III sono di regola tenute a trasferire il richiedente asilo o protezione internazionale nello Stato individuato come competente ad esaminare la domanda in questione, senza valutare se tale trasferimento esponga la persona a un rischio concreto di violazione dei propri diritti fondamentali.

la Corte europea di Strasburgo è solita richiedere una verifica effettiva sul rispetto dei diritti garantiti nella Convenzione a ciascuno Stato che debba effettuare un trasferimento inter-statale di un soggetto ovvero dare esecuzione ad una sentenza o un provvedimento di una autorità giurisdizionale estera: occorre accertare che il trasferimento non esponga concretamente la persona al rischio di subire una violazione dei propri diritti ovvero che il provvedimento giurisdizionale sia stato reso in conformità ai moduli del giusto processo delineato nella CEDU. Il rispetto dei diritti garantiti nella Convenzione, non può giammai *presumersi* fra le Parti Contraenti, giacché i diritti non devono rivestire carattere “meramente teorico o illusorio”, bensì “pratico ed effettivo”⁵⁶⁹.

Il diritto (giurisprudenziale) convenzionale, tuttavia, prende espressamente in considerazione gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla partecipazione all’Unione europea: tuttavia, la Corte di Strasburgo si è pronunciata più volte in riferimento al trasferimento dei richiedenti asilo in esecuzione del regolamento Dublino, ritenendo che a tali condotte degli Stati, non costituendo “stretta attuazione” di impegni comunitari, non si applichi la dottrina della *protezione equivalente*⁵⁷⁰. Del resto, come messo più volte in evidenza, la dottrina che governa i rapporti tra ordinamento comunitario e Convenzione si regge sulla distinzione labile e giuridicamente poco stringente tra condotte “discrezionali” e “di stretta attuazione” del diritto dell’Unione, in ultima analisi rimessa alla individuazione unilaterale della Corte di Strasburgo.

Pertanto, proprio perché l’applicazione della CEDU è suscettibile di arrecare un pregiudizio all’unità e uniformità del diritto dell’Unione europea e ostacolare concretamente la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, occorre che l’accordo di adesione preveda una disposizione che escluda l’applicazione del diritto (giurisprudenziale) convenzionale in tali situazioni o, comunque, che sia idonea a prevenire un’evoluzione in tal senso.

Il parere contiene indubbiamente interessanti affermazioni sulla percezione che la Corte di Giustizia ha dell’ordinamento comunitario, del proprio ruolo in relazione ad esso e del tipo di rapporti che essa è disposta ad intrattenere con gli *altri* giudici comunitari (i

⁵⁶⁹ Sentenza *Airey c. Irlanda*, app. 6289/73, 9 ottobre 1979.

⁵⁷⁰ Sentenza della Grande Camera *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, app. n. 30696/09, 21 gennaio 2011; sentenza della Grande Camera *Tarakhel c. Svizzera*, app. n. 29217/12, 4 novembre 2014.

giudici nazionali) e con i giudici di altri ordinamenti (la Corte europea di Strasburgo)⁵⁷¹. Si tratta di una decisione in un certo qual senso tradizionale - il parere non è che la riedizione di una storica pronuncia della Corte di Giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft* - e anche speculare alla pronuncia *Bosphorus* della Corte di Giustizia - il parere è anch'esso fondato su di un bilanciamento, utilizzato per risolvere un problema giuridico che vede contrapposte le ragioni dell'integrazione e le ragioni della Convenzione -.

Nello specifico, la Corte di Giustizia percepisce se stessa come l'organo giurisdizionale supremo incaricato di dire il diritto nell'ordinamento giuridico comunitario, grazie alla (mera) collaborazione tecnica dei rinvii pregiudiziali dei giudici nazionali (in particolare comuni). La Corte di Giustizia *non* può riconoscere neanche astrattamente che un'altra istituzione giurisdizionale, istituita nell'ambito di un ordinamento giuridico diverso da quello comunitario, possa trovarsi a volte nella miglior posizione a decidere su talune questioni, neanche quando si tratti di questioni inerenti i diritti e di una Corte funzionalmente ed istituzionalmente deputata a garantire il rispetto di tali diritti fondamentali⁵⁷².

Se in *Internationale Handelsgesellschaft*, l'ordinamento comunitario non poteva mostrarsi sensibile agli interessi - i valori, le *ragioni* - costituzionali degli Stati membri, nel parere 2 del 2013 l'ordinamento deve necessariamente chiudersi agli interessi - valori o *ragioni* - della Convenzione. Se in *Internationale Handelsgesellschaft*, la chiusura dell'ordinamento alle ragioni costituzionali esterne si accompagnava ad una *novità* come la dottrina dei diritti fondamentali, nel parere non c'è bisogno di introdurre alcunché, poiché “al centro della costruzione giuridica europea si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta”.

⁵⁷¹ In senso conforme, ancorché con diverse conclusioni: P. Eeckhout, “Opinion 2/13 on Eu Accession to ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?”, *cit.*.

⁵⁷² Da confrontare con le conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea Miguel Poiares Maduro, nelle cause riunite C-402/05 P e 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, del 16 gennaio 2008, EU:C:2008:11 par. 44: “In an increasingly interdependent world, different legal orders will have to endeavour to accommodate each other's jurisdictional claims. As a result, the Court cannot always assert a monopoly on determining how certain fundamental interests ought to be reconciled. It must, where possible, recognise the authority of institutions [...] that are established under a different legal order than its own and that are sometimes better placed to weigh those fundamental interests”.

Diritti fondamentali che, in virtù della peculiare natura dell'Unione e del suo diritto, devono essere interpretati entro l'ambito della sua struttura e dei suoi *obiettivi*. Nonostante i numerosi avvicendamenti nelle cariche dei giudici rispetto agli anni della costituzionalizzazione dei Trattati, ritroviamo una Corte di Giustizia che parla lo stesso linguaggio dell'*integrazione giuridica*⁵⁷³. Nell'ordinamento comunitario, i diritti continuano ad essere attratti nel *telos* dell'integrazione, dell'unione sempre più stretta tra gli Stati membri; continuano ad essere interpretati e costruiti in modo tale da consentire il mantenimento degli obiettivi comunitari che, negli anni, sono stati ormai conseguiti e, soprattutto, in modo tale da favorire il raggiungimento degli obiettivi comunitari di nuova generazione. Il controllo della Corte di Strasburgo sul rispetto dei diritti garantiti in Convenzione può concretamente ostacolare l'uniforme e unitaria applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici degli Stati Membri e, più in generale, è verosimilmente suscettibile di rallentare l'obiettivo dell'*integrazione*⁵⁷⁴: è evidente che, nel bilanciamento tra le ragioni dell'*integrazione* e le ragioni della Convenzione, quest'ultime 'pesano meno' e, dunque, devono essere accantonate⁵⁷⁵.

6. Il sindacato della Corte di Strasburgo sulle *carenze manifeste* nella tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario

Con il parere n. 2 del 2013, la Corte di Giustizia decide di continuare a vivere "felicitemente separata" dalla Corte europea di Strasburgo⁵⁷⁶: un controllo ad opera di un'autorità esterna, ancorché sul rispetto dei diritti fondamentali, non è desiderabile

⁵⁷³ D. Spielmann, "The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Or how to remain good neighbours after the Opinion 2/13", speech at Brussels, 27 March 2017- FRAME, pag. 3: "Thus, for the CJUE, the protection of fundamental rights in EU law has always been regarded with reference to the attainment of the objectives of the Treaties. I call that the *pro-integration* approach to human rights".

⁵⁷⁴ Parere 2/13, *cit.*, par. 172.

⁵⁷⁵ E non 'riconciliate', come si trova spesso affermato nelle decisioni sul bilanciamento tra principi e diritti costituzionali della Corte costituzionale italiana (vedi, in particolare, Capitolo III, par. 4.1) o come affermato dalla Corte Edu nella sentenza *Bosphorus*, su cui vedi *supra* par. 3.)

⁵⁷⁶ B. de Witte "The use of the ECHR and the Convention Case Law by the European Court of Justice" in P. Popelier, C. van de Heyning, P. van Duffel (eds), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Antwerp, 2011, pag. 19.

poiché suscettibile di compromettere l'autonomia dell'ordinamento; al contempo, però, la CEDU rimane uno strumento che riveste speciale rilevanza per l'ordinamento comunitario, ancorché nella misura e alle condizioni decise dalla Corte di Giustizia.

Quella della Corte di Giustizia è, all'evidenza, una decisione *finale*: avendo dichiarato incompatibile con i Trattati quel progetto di accordo - e, più in generale, quelle modalità di accessione -, non residuano spazi per un intervento giuridico che permetta di superare il parere negativo su tale progetto, né da parte della Commissione né delle altre istituzioni politiche dell'Unione.

Tuttavia, sul piano giudiziario e, per quel che qui importa, sul piano delle interazioni giudiziarie, tale decisione risulta tutt'altro che *finale*, come dimostra la speculazione dei giuristi circa la 'reazione' della Corte di Strasburgo al parere in questione. La discussione si è concentrata sulle sorti della dottrina *Bosphorus*, adottata dalla Corte Edu in assenza ed in attesa dell'accessione⁵⁷⁷.

La prima opportunità per la Corte di Strasburgo di misurarsi con il diritto comunitario è rappresentata dal ricorso *Avotiņš c. Latvia* del 2016⁵⁷⁸.

A prima vista si tratta di un caso non particolarmente problematico: il signor Avotiņš lamenta la violazione del diritto ad un giusto processo (art. 6 CEDU) dovuta alla decisione, da parte dei giudici lettoni, di dare esecuzione ad una sentenza civile di una corte cipriota, in cui risultava soccombente in contumacia. In particolare, il ricorrente lamentava di non essere stato in grado di difendersi nel procedimento di condanna al pagamento di una ingente somma di denaro: di conseguenza, la decisione di attribuire esecutività ad un provvedimento giurisdizionale reso in violazione del diritto di difesa ammonta ad una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione.

Il ricorso del signor *Avotiņš*, tuttavia, assume rilevanza perché la decisione di dare esecuzione alla sentenza estera è stata presa sulla base del regolamento europeo 44/2001 (cosiddetto *Bruxelles I*) e, dunque, in esecuzione di un meccanismo di reciproco

⁵⁷⁷ In sintesi, tre i possibili scenari: il mantenimento della dottrina della protezione equivalente; il radicale superamento della stessa ovvero una soluzione intermedia come un 'aggiornamento' o una revisione delle condizioni di applicabilità della dottrina in questione. Sul punto, vedi: F. Fabbrini, J. Larik, "The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights" in *Yearbook of European Law*, vol. 35, N. 1, 2016, pagg. 145 e ss. (particolarmente pagg. 171 e ss.).

⁵⁷⁸ Sentenza della Grande Camera, *Avotiņš c. Latvia*, app. no. 17502/07, 23 maggio 2016.

riconoscimento delle sentenze di Stati Membri dell'Unione europea, nell'ambito del settore della cooperazione giudiziaria.

La Corte di Strasburgo è, dunque, messa in grado di confrontarsi con il principio della fiducia reciproca degli Stati membri dell'Unione europea, sotteso al meccanismo di riconoscimento in questione. Simili meccanismi, come del resto evidenziato dalla Corte di Giustizia nella parte del parere 2/13 ad essi dedicata, costituiscono strumenti essenziali per la costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in seno all'Unione europea.

Diversamente dal giudizio reso in sede camerale, la Grande Camera della Corte di Strasburgo incentra il proprio giudizio sulla dottrina *Bosphorus* di cui, dopo averne ripercorso attentamente la fondazione, la funzione e la declinazione, discute l'applicabilità nel singolo caso che si trova a dover affrontare.

In linea generale, la dottrina *Bosphorus* è tenuta ferma, disattendendo così le opinioni di quanti auspicavano o temevano il suo superamento: è vero che gli Stati *rimangono* vincolati dagli impegni assunti con l'adesione alla Convenzione anche quando danno attuazione o applicazione al diritto comunitario, ma il rispetto degli obblighi convenzionali deve essere valutato alla luce della dottrina della protezione equivalente⁵⁷⁹.

Viene parimenti confermato il giudizio di equivalenza e, dunque, l'apprezzamento per il sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario, sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale. Tuttavia, sotto il primo profilo, troviamo un interessante *obiter dictum*, corrispondente ad un vero e proprio *monito* rivolto alla Corte di Giustizia, nonostante la *formale* estraneità delle istituzioni europee al giudizio: *avverte*, infatti, la Corte che, nel decidere se la protezione offerta dall'ordinamento comunitario possa *ancora* essere considerata equivalente, la Corte di Strasburgo dà importanza al rispetto, da parte della Corte di giustizia, della norma che prescrive che i diritti della Carta di Nizza *corrispondenti* a quelli della CEDU abbiano il medesimo significato e la medesima portata di quest'ultimi. Il richiamo, dunque, vale a evidenziare

⁵⁷⁹ *Case Avotiņš, cit.*, par. 101: "The Court reiterates that, even when applying European Union law, the Contracting States remain bound by the obligations they freely entered into on acceding to the Convention. However, those obligations must be assessed in the light of the presumption established by the Court..."

che si continuerà a fare applicazione della dottrina della protezione equivalente *fintantoché* la Corte di Giustizia interpreti il catalogo di diritti comunitario *in maniera conforme* al diritto giurisprudenziale convenzionale.

Sul piano processuale, invece, si ribadisce come, anche se in assenza di un ricorso individuale diretto alla Corte di Giustizia, il meccanismo del rinvio pregiudiziale sia potenzialmente in grado di permettere una tutela dei diritti fondamentali effettiva, a patto che le autorità giudiziarie nazionali facciano “piena utilizzazione del suo potenziale”.

Nel caso del signor Avotiņš, inoltre, sussistono le coordinate che permettono l'applicazione della presunzione di protezione equivalente: le autorità giudiziarie nazionali hanno agito in “stretta attuazione” del diritto dell'Unione europea (*id est* la decisione di dare esecuzione alla sentenza estera alla luce del regolamento *Bruxelles I* era una scelta obbligata ai sensi del diritto comunitario); nel singolo caso concreto la mancata utilizzazione del rinvio preliminare - requisito da accertare senza eccessivi formalismi - non osta all'applicazione della presunzione⁵⁸⁰.

Lungi dall'arrestarsi a tale constatazione, il giudizio deve necessariamente proseguire poiché, a fronte di una protezione *astrattamente* equivalente, il compito della Corte è quello di controllare che, *nel singolo caso concreto*, la protezione accordata ai diritti previsti in Convenzione non sia ‘manifestamente carente’.

È interessante notare che ciò che nella sentenza *Bosphorus* non rappresentava che una mera clausola di salvaguardia del sistema - e rispetto alla quale non erano dedicate che

⁵⁸⁰ *Case Avotiņš, cit.*, par. 109: “However, it considers that this second condition should be applied without excessive formalism and taking into account the specific features of the supervisory mechanism in question. It considers that it would serve no useful purpose to make the implementation of the *Bosphorus* presumption subject to a requirement for the domestic court to request a ruling from the CJEU in all cases without exception, including those cases where no genuine and serious issue arises with regard to the protection of fundamental rights by EU law, or those in which the CJEU has already stated precisely how the applicable provisions of EU law should be interpreted in a manner compatible with fundamental rights”.

poche righe della motivazione della sentenza⁵⁸¹ - assume ora un ruolo preponderante nel ragionamento della Corte di Strasburgo. Nonostante nella vicenda esaminata non si rinvenivano tali carenze manifeste, la pronuncia si contraddistingue per la generale rivendicazione di uno spazio ulteriore di sindacato, per quanto (asseritamente) estrinseco e indiretto, sul diritto dell'Unione europea e, specialmente, su quegli ambiti interessati dal principio della fiducia reciproca tra Stati Membri.

Questa è, dunque, l'opportunità per la Corte Edu di "reagire"⁵⁸² al parere n. 2 del 2013, per "rispondere"⁵⁸³ alle osservazioni della Corte di Giustizia e, soprattutto, per criticare il bilanciamento da essa effettuato tra le *ragioni* comunitarie (la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, basato sulla presunzione del rispetto dei diritti) e le *ragioni* convenzionali (una tutela dei diritti non "meramente teorica o illusoria", bensì "pratica ed effettiva")⁵⁸⁴.

Pur riconoscendo l'importanza dei meccanismi di mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari ai fini della realizzazione dell'obiettivo comunitario, la cooperazione giudiziaria non può comportare il detrimento del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione. E questo è ciò che si verifica allorché agli Stati membri, tenuti "a presumere reciprocamente il rispetto dei diritti fondamentali", venga

⁵⁸¹ E precisamente un unico paragrafo, *Bosphorus, cit.*, par. 166: "The Court has had regard to the nature of the interference, to the general interest pursued by the impoundment and by the sanctions regime and to the ruling of the ECJ (in the light of the opinion of the Advocate General), a ruling with which the Supreme Court was obliged to and did comply. It considers it clear that there was no dysfunction of the mechanisms of control of the observance of Convention rights. In the Court's view, therefore, it cannot be said that the protection of the applicant company's Convention rights was manifestly deficient, with the consequence that the relevant presumption of Convention compliance by the respondent State has not been rebutted").

⁵⁸² P. Gragl, "An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case" in *European Constitutional Law Review*, vol. 13, 2017, pagg. 551 e ss.

⁵⁸³ L. R. Glas, J. Krommendijk, "From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts" in *Human Rights Law Review*, vol. 17, 2017, pagg. 567 e ss.

⁵⁸⁴ A. Gonçalves, "The balance between the protection of fundamental rights and the EU principle of mutual trust" in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 1/2018, pagg. 111 (pag. 130: "It is true that the Bosphorus presumption is still alive, but it is possible to consider the Avotiņš decision as an answer by the ECtHR to the position of the ECJ in Opinion 2/13, stating clearly that the ECtHR will not renounce its responsibility as the guardian and Constitutional instrument of European public order in the field of human rights, independently of the constitutional role that the ECJ assumes in EU law").

precluso di verificare, “salvo casi eccezionali” tassativamente previsti da regolamenti e altri atti europei, se un altro Stato membro abbia “effettivamente rispettato”, nel singolo caso concreto, tali diritti.

La subordinazione del controllo giudiziario sul rispetto dei diritti individuali alle esigenze di effettività ed uniformità del diritto comunitario, ben potrebbe, *in pratica*, contrastare frontalmente con la Convenzione: la protezione dei diritti garantita dal singolo Stato (e, evidentemente, dall’Unione europea) potrebbe infatti risultare manifestamente carente qualora i giudici non avessero la possibilità di esaminare nel merito le denunce di violazione, soprattutto se gravi, dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.

Necessariamente e di conseguenza, la Corte Edu dovrà controllare, (anche) qualora siano soddisfatte le condizioni per l’applicazione della dottrina *Bosphorus*, che i meccanismi di riconoscimento reciproco non siano applicati “automaticamente e meccanicamente” a scapito dei diritti fondamentali. Pertanto, le autorità giudiziarie pur potendo applicare i meccanismi di mutuo riconoscimento dell’ordinamento comunitario, non possono rinunciare al controllo sul rispetto dei diritti garantiti in Convenzione ove in tal senso richiesti.

È evidente che per la Corte di Strasburgo, da “sommamente improbabile”, l’eventualità che nel diritto dell’Unione europea si verifichino “carenze manifeste” nella protezione dei diritti fondamentali è diventata “pur sempre possibile”: l’applicazione del diritto dell’Unione europea, pur in assenza di “margin di discrezionalità”, non impedisce il controllo e la sanzione di eventuali violazioni della Convenzione⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ D. Spielmann, P. Voyatzis, “L’étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l’aune de l’expérience judiciaire comparée” in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 112/2017 (pag. 919: “Ce paragraphe, dont l’importance n’est pas à sous-estimer, indique que la Cour européenne des droits de l’homme se réserve le contrôle et la sanction, en dernière instance, du respect, par les États membres, des droits et libertés consacrés par la Convention. [...] L’arrêt *Avotiņš* peut être considéré comme un subtil exercice d’équilibre de la part du juge de Strasbourg. Tout en faisant preuve de sa compréhension quant au rôle important joué par la confiance mutuelle au droit de l’Union européenne, il sous-entend que son invocation par le juge national n’entraîne pas automatiquement l’application de la présomption de protection équivalente”.

7. Alcune considerazioni sul dialogo tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo

Il materiale giurisprudenziale raccolto e qui discusso permette di effettuare alcune considerazioni sul ricorso all'idea del dialogo in relazione ai rapporti tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo.

In generale, anche relativamente a quest'ambito è possibile evidenziare la compresenza di più connotazioni dell'idea del dialogo, ancorché le sue occorrenze siano meno frequenti rispetto agli altri ambiti esaminati.

In primo luogo, emerge in dottrina la tematizzazione di un dialogo tra le due istanze giurisdizionali che sembra situarsi all'incrocio tra la discussione della dottrina internazionalistica sulla proliferazione di corti e tribunali internazionali⁵⁸⁶ e gli studi sul dialogo precedentemente (ri)definito transnazionale⁵⁸⁷. L'evenienza di una contraddittorietà tra l'interpretazione e applicazione dei rispettivi cataloghi di diritti, lungi dal venire percepita come un mero caso di 'contraddittorietà logica' tra giudicati, viene avvertita come problematica e foriera di situazioni di conflitto di lealtà degli Stati membri verso l'Unione e verso la Convenzione: di qui, dunque, l'invito al dialogo e alla cooperazione da intendersi come auspicio di coerenza tra sistemi e reciproca

⁵⁸⁶ Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford university press, 2003 (richiamato, non casualmente, anche in S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009), C. P. R. Romano, "Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue", in *International Law and Politics*, vol. 45, 2009, pagg. 755 e ss.; L. Scheeck, "Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks" in *GARNET working paper* 23/2007; K. Oellers-Frahm, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 5, issue 1, 2001, pagg. 67 e ss. (pag. 102: "Therefore, courts and tribunals have themselves to contribute to avoid real or apparent conflicts of jurisdiction, by giving detailed reasons for their decisions and elaborating on the differences existing with regard to similar cases decided brother courts. This presupposes not only active relationship and dialogue between international judicial bodies, but also attentive study of decisions of other courts, essentially those active in a comparable field of law");

⁵⁸⁷ E che qui, per evidenti ragioni, potrebbe essere definito più precisamente "transordinamentale". Si veda: A. M. Slaughter, "A Global Community of Courts" in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n. 1, 2003, pagg. 191 e ss. (pag. 194: "The result, paradoxically, is more dialogue and less deference. Over the longer term, a distinct doctrine of 'judicial comity' will emerge: a set of principles designed to guide courts in giving *deference* to foreign courts as a matter of respect owed judges by judges, rather than in terms of the more general national interest as balanced against the foreign nation's interest").

deferenza⁵⁸⁸ nonché l'apprezzamento per quelle dottrine capaci di neutralizzare il rischio di conflitti giurisprudenziali⁵⁸⁹.

In secondo luogo, anche relativamente a quest'ambito si ripropone (con alcune peculiarità) l'impiego dell'idea del dialogo per descrivere il processo di integrazione europea come discorso giurisprudenziale guidato dalla Corte di Giustizia.

A tale proposito, si è visto come, non più tardi della fine degli anni Ottanta, la Corte europea di Strasburgo inizi ad esaminare ricorsi individuali contro condotte statali tenute in attuazione del diritto comunitario: quando la Corte Edu giudica gli Stati per violazioni dei diritti garantiti in Convenzione che trovano la propria origine nel diritto comunitario, è *come se* detta Corte esercitasse un sindacato nei confronti degli atti normativi dell'Unione e, del pari, *come se* spingesse gli Stati a sindacare detti atti in riferimento agli impegni assunti con la Convenzione, *in sostituzione* o comunque *in concorrenza* con la Corte di Giustizia.

Sotto le spoglie della Convenzione e della Corte di Strasburgo, torna, dunque, attuale, proprio quella minaccia all'autonomia del diritto comunitario che, negli anni Sessanta,

⁵⁸⁸ President Dean Spielmann, Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights, Opening Speech, 30 January 2015", in *HUDOC* (2015), reperibile su: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_SolemnHearing_2015_ENG.pdf in cui: "The essential thing, in the end, is not to have a hierarchical conception of systems that would be in conflict with each other. No, the key is to ensure that the guarantee of fundamental rights is coherent throughout Europe"; T. Marguery, "Je t'aime moi non plus The *Avotiņš v. Latvia* judgment: an answer from the ECtHR to the CJEU" in *Review of European Administrative Law* 1/2017, pagg. 113 e ss. "The case shows that the two European Courts maintain a constructive dialogue fostering coherency and the concerns of individuals".

⁵⁸⁹ La dottrina *Bosphorus*, in particolare, che secondo alcune letture esprime di rispetto per la Corte di Giustizia e per il ruolo da essa rivestito nell'ordinamento giuridico comunitario, è volta ad evitare situazioni di conflitto. Vedi: L. R. Glas, J. Krommendijk, "From Opinion 2/13 to *Avotiņš*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts", in *Human Rights Law Review*, vol. 17, Issue 3, September 2017, pagg. 567 e ss. (pag. 571: "in general terms, the application of the *Bosphorus* doctrine means that the ECtHR does not scrutinize EU law and that it does not place itself above the CJEU or take over the CJEU's role of being arbiter of the validity of EU law. The ECtHR thus shows respect for the CJEU and the autonomy of the EU legal system and prevents conflict with Luxembourg. To find that the presumption applies, the ECtHR has relied heavily on the CJEU's fundamental rights case law and the role of that court in supervising fundamental rights in the EU. Rather than being suggestive of conflict, the doctrine seems to be 'suggestive of a desired relationship of comity, or even co-operation'").

proveniva da alcune Corti costituzionali⁵⁹⁰.

Come le medesime questioni tornano a riproporsi nel tempo, lo stesso può dirsi delle soluzioni: negli anni Settanta, l'introduzione della dottrina dei principi generali-diritti fondamentali comunitari da parte della Corte di Giustizia⁵⁹¹; successivamente, l'utilizzo della CEDU *così come* interpretata dalla Corte di Strasburgo, come "*leitmotiv*" nella risoluzione delle questioni inerenti i diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione⁵⁹².

E, infine, analoghe reazioni: come le Corti costituzionali - anche le più restie alle ragioni della preminenza del diritto comunitario -, 'rassicurate' dall'attivismo sui diritti della giurisdizione europea, hanno consentito all'*apertura* dei propri ordinamenti, così la Corte di Strasburgo prende atto del fatto che la Corte di Giustizia, nell'esercizio della propria funzione, garantisce i diritti fondamentali individuali e, *aprendosi* alle ragioni del diritto comunitario, evita di compromettere l'uniforme e unitaria applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti statali, elaborando la dottrina della protezione equivalente.

Questa seconda accezione di dialogo è - come già evidenziato altrove - potenzialmente inesauribile e, quindi, non è negata dagli sviluppi che hanno interessato l'ordinamento

⁵⁹⁰ G. Pino, "La 'lotta per i diritti fondamentali' in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico", in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, il Mulino, 2007 ("In questa fase, i diritti fondamentali non giocavano dunque il ruolo di fattore di integrazione, ma erano piuttosto potenziali fattori di conflitto costituzionale tra la Comunità europea e gli stati membri. Una buona parte di questo potenziale conflitto costituzionale è stata gestita non in sede politica ma in sede giurisdizionale, da parte della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionali nazionali (specialmente quella tedesca e quella italiana): in altre parole, la gestione, o meglio l'elusione, del conflitto costituzionale in materia di diritti fondamentali è stata condotta non con gli strumenti della negoziazione politica, ma con quelli del ragionamento giuridico. Ho parlato di elusione perché il conflitto non è mai veramente scoppiato, ma si è incanalato in una sorta di 'dialogo' tra le corti, dialogo caratterizzato da moniti, da riserve latenti, ma anche da collaborazione").

⁵⁹¹ A. Cassese, A. Clapham, J. H. H. Weiler (eds) *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1991, pagg. 580-581: "The 'surface language' of the Court in *Stauder* and its progeny is the language of human rights. The 'deep structure' all about supremacy. The Court anticipated the treat to the doctrine of supremacy and integrity of the Community system, later realized by the German and Italian Constitutional courts, posed by alleged human rights violation by the Community".

⁵⁹² Nella parole enfatiche dell' (ex) Presidente della Corte di Giustizia Vassilios Skouris: "respect for the teachings that emerge from the text of the Convention as interpreted by [the European] Court [of human rights] has always been a *leitmotiv* for the Court of Justice when giving rulings in cases raising questions relating to the protection of fundamental rights". V. Skouris, "Dialogue between judges", European Court of Human Rights, Council of Europe, 2009, pag. 32.

comunitario a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona. Al rifiuto di un controllo esterno sul diritto comunitario ad opera di un giudice specializzato in materia di diritti fondamentali (parere n. 2 del 2013), segue, infatti, il mantenimento della dottrina della protezione equivalente *a condizione che* la regola di interpretazione conforme a Convenzione venga “presa sul serio” dalla Corte di Giustizia⁵⁹³.

A tale proposito, occorre sottolineare che, anche nel presente ambito, non mancano tracce di quel dialogo sulla tutela dei diritti fondamentali, pur in mancanza della finalizzazione del processo di adesione e della formalizzazione dei rapporti tra i due sistemi. La Corte Edu, infatti, dall'esterno e *indirettamente*, qualora reputi taluni sviluppi del diritto dell'Unione contrastanti con taluni aspetti del diritto giurisprudenziale convenzionale, non manca di avocare una correzione della decisione della Corte di Giustizia, un *revirement* giurisprudenziale, una revisione del giudizio di bilanciamento, dietro ‘minaccia’ di un sindacato indiretto casistico sul diritto comunitario (dottrina *Avotiņš*)⁵⁹⁴.

Nell'ambito del “sophisticated ‘multi-level’ protection model” i cui attori giurisdizionali interagiscono “simultaneously over an overlapping legal space”⁵⁹⁵, in assenza di una gerarchia formale e di un ordine tra sistemi, non è, dunque, implausibile l'idea di un

⁵⁹³ *Case Avotiņš, cit.*, par. 103: “the Court found the substantive protection afforded by EU law to be equivalent taking into account the provisions of Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights, according to which, in so far as the rights contained in the Charter correspond to rights guaranteed by the Convention, their meaning and scope are the same, without prejudice to the possibility for EU law to provide more extensive protection (see *Bosphorus*, cited above, § 80). In examining whether, in the case before it, it can still consider that the protection afforded by EU law is equivalent to that for which the Convention provides, the Court is especially mindful of the importance of compliance with the rule laid down in Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights given that the entry into force of the Treaty of Lisbon conferred on the Charter the same legal value as the Treaties”.

⁵⁹⁴ Da ultimo sulle eccezioni all'esecuzione del mandato d'arresto europeo relative alle condizioni di sovraffollamento carcerario reputate contrastare con l'articolo 4 della Carta di Nizza, in conformità alla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 3 CEDU, vedi: sentenza della Corte (Grande Sezione) del 25 luglio 2018, *LM*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 25 luglio 2018, *ML*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589; sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 ottobre 2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, C-128/18, EU:C:2019:857.

⁵⁹⁵ D. Spielmann, “The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Or how to remain good neighbours after the Opinion 2/13”, *cit.*.

“constructive dialogue between the ECJ, the ECtHR and national courts”⁵⁹⁶ sulla interpretazione e applicazione di quelle particolari norme giuridiche, costituite dai diritti fondamentali.

⁵⁹⁶ K. Lenaerts, “La vie après l’avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust”, in 54, *Common Market Law Review*, vol. 54, issue 3, 2017, pag. 807.

CONCLUSIONI - Il *topos* del dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo

L'indagine sull'idea di un dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo è passata attraverso la ricognizione e organizzazione di un materiale giurisprudenziale ampio ed eterogeneo: in un arco temporale che va dagli anni Sessanta alla fine del secondo decennio del XXI secolo, decisioni giudiziarie, del giudice costituzionale, ordinario, sentenze di una corte appartenente ad un "ordinamento di nuovo genere", sentenze di un tribunale internazionale specializzato sui diritti umani; ma anche discorsi di giuristi accademici e pratici, di varia estrazione, formazione e provenienza.

L'esito dell'indagine, forse prevedibilmente, non consegna un quadro preciso o univoco di tale dialogo: il dialogo tra giudici nello spazio costituzionale europeo, lungi dal costituire un concetto unitario e - soprattutto - coerente, assume le sembianze di un *topos*, in cui confluiscono e vengono intersecandosi una pluralità di discorsi variamente connotati⁵⁹⁷.

In primo luogo, deve essere evidenziato come l'idea del dialogo si leghi strettamente al processo di integrazione giuridica europea: il dialogo serve a descrivere anni di relazioni giurisprudenziali guidate o sollecitate dalla giurisprudenza *costituente* della Corte di Giustizia, la quale conduce alla *apertura* degli ordinamenti alle *ragioni* comunitarie, nella duplice forma della loro penetrazione negli ordinamenti interni degli Stati membri e del loro riconoscimento nell'ambito della CEDU. Si tratta, dunque, di un dialogo che ha luogo tra le corti nazionali (specialmente costituzionali o, comunque, supreme) e la Corte di Giustizia dell'Unione nonché - perlomeno in una certa misura - tra quest'ultima e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

All'affermazione della prevalenza e dell'effetto diretto del diritto comunitario, la Corte costituzionale *risponde* con la costruzione dei rapporti tra ordinamenti "autonomi e

⁵⁹⁷ Tra cui, ad esempio, la prescrizione di "dialogare" con altri giudici, come modalità ottimale o comunque desiderabile che deve guidare le relazioni tra giudici nello spazio costituzionale europeo. Così, il padre putativo del "dialogo" tra giudici auspicava una definizione irenistica dei rapporti tra il *Conseil d'État* e la Corte di Giustizia delle (ex) Comunità europee, tra cui "il ne *devrait y avoir place* ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges". Diversamente, in relazione ai rapporti tra la Corte di Giustizia e la Corte europea di Strasburgo, viene spesso invocato il "dialogo" al fine di invocare una "cooperazione" tra i due attori giurisdizionali, per evitare contrasti giurisprudenziali in materia di diritti fondamentali a danno degli Stati tenuti al rispetto degli impegni assunti.

separati, coordinati e comunicanti”; alla dottrina costituzionale dei controlimiti alle limitazioni di sovranità, la Corte di Giustizia *ribatte* con la fondazione della dottrina dei diritti fondamentali, che si vogliono ispirati alle “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri⁵⁹⁸. Parimenti, allo svolgimento di un sindacato della Corte di Strasburgo avente per oggetto le condotte statali tenute in attuazione del diritto comunitario, la Corte di Giustizia *ribatte* utilizzando la Convenzione europea dei diritti dell’uomo *così come* interpretata dalla Corte di Strasburgo ai fini dell’interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto comunitario⁵⁹⁹. In risposta all’attenzione prestata al diritto giurisprudenziale convenzionale, la Corte Edu elabora la dottrina della “protezione equivalente”, con cui, delimitando la propria giurisdizione, consente al riconoscimento dell’importanza delle *ragioni* della Corte di Giustizia, salvaguardando l’unitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario negli Stati membri⁶⁰⁰.

Questo processo, lungi dall’essere esaurito, esce rinnovato dall’adozione del Trattato di Lisbona che ha alimentato di nuova linfa il processo di integrazione europea: e così, ulteriormente, all’affermazione espressa della prevalenza del diritto comunitario *anche* su quella parte del diritto costituzionale interno reputata assiologicamente preminente, segue la dottrina della pregiudiziale costituzionale sulla “materia dei diritti”⁶⁰¹; ancora, alla riconsiderazione del controllo esterno convenzionale sui diritti fondamentali, in quanto suscettibile di pregiudicare l’integrazione degli Stati membri, segue la rivendicazione di un controllo *ad hoc* sul diritto comunitario ad opera della Corte Edu, a carattere indiretto⁶⁰².

⁵⁹⁸ Capitolo II, paragrafo 2 (“L’apertura dell’ordinamento alle ‘ragioni comunitarie’”).

⁵⁹⁹ Capitolo IV, paragrafo 2 (“Dottrina dei diritti fondamentali delle Comunità europee e CEDU”) e, soprattutto, paragrafo 2.2. (“La Corte di Giustizia e la CEDU: *norme interposte* per la tutela dei diritti fondamentali comunitari”).

⁶⁰⁰ Capitolo IV, paragrafo 3 (“La Corte di Strasburgo e la dottrina della *protezione equivalente*”).

⁶⁰¹ Capitolo II, paragrafo 4 (“Il dialogo sui diritti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia dell’Unione europea.”)

⁶⁰² Capitolo IV, paragrafi 5 (“Autonomia dell’interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali”) e 6 (“Il sindacato della Corte di Strasburgo sulle *carenze manifeste* nella tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario”).

Si tratta, dunque, di un dialogo *sul* diritto comunitario come ordinamento giuridico *di nuovo genere*, dotato di *caratteristiche specifiche*⁶⁰³, che segna l'inizio del *confronto* tra giudici⁶⁰⁴.

Dal processo di integrazione giuridica, l'idea del dialogo trasmigra successivamente alla tematica della tutela multilivello dei diritti fondamentali, che coinvolge la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Giustizia e le Corti costituzionali (o comunque supreme) degli ordinamenti nazionali.

Nello *spazio costituzionale europeo* - formato da più ordinamenti giuridici, autonomi, ma *aperti* l'uno all'altro, né esclusivi né gerarchicamente ordinati - diviene comune la descrizione dell'esercizio della funzione giurisdizionale di tutela dei diritti intorno all'idea del dialogo tra corti.

Le corti in Europa si confrontano, tengono di conto nel proprio ragionamento giuridico del 'punto di vista' altrui: le interpretazioni avanzate, la soluzione di conflitti, le limitazioni ammesse ai diritti.

Ciò si accompagna ad una molteplicità di pratiche argomentative ed interpretative tipiche, considerate vere e proprie *spie* del dialogo: il bilanciamento tra diritti e principi di cataloghi "integrati", la moltiplicazione delle "interpretazioni conformi" (a Costituzione, a Convenzione, a Carta di Nizza), la dottrina della protezione equivalente; ma anche quelle tecniche con cui influenzare la posizione dell'interlocutore, come la (rinnovata) dottrina dei controlimiti, la dottrina del diritto consolidato convenzionale e il sindacato convenzionale sulle carenze manifeste nella tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario.

⁶⁰³ Capitolo II, paragrafo 2.1. ("Le 'ragioni comunitarie' della Corte di Giustizia delle (ex) Comunità europee: un ordinamento giuridico *di nuovo genere*"), 4.1. ("Le nuove 'ragioni comunitarie' della Corte di Giustizia dell'Unione europea: i diritti fondamentali come strumento di integrazione") nonché, riassuntivamente, Capitolo IV, paragrafo 5. ("Autonomia dell'interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali").

⁶⁰⁴ Similmente, M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, cit., pag. 129 che, nel notare un cambiamento della "regola di riconoscimento del diritto italiano" afferma che "In virtù del *dialogo* fra Corte di giustizia europea e corti costituzionali interne è cambiato il sistema delle fonti e in particolare le loro relazioni gerarchiche [...] È forse inutile sottolineare ancora una volta come ciò sia avvenuto a opera di organi giurisdizionali. Semmai va notato che, se la regola di riconoscimento serve a delimitare il diritto rispetto al non-diritto, oggi lo delimita sempre meno...".

In questo ambito, normalmente è diffusa la tesi che il dialogo si leghi strettamente alla “cultura dei diritti”⁶⁰⁵ o alla diffusione di un “coacervo (dai confini indeterminati) di atteggiamenti assiologici e di tesi normative”⁶⁰⁶ di cui sono rinvenibili molteplici tracce specialmente nel ragionamento giuridico della Corte costituzionale e nella predominante dottrina (non esclusivamente) italiana.

Dalle pronunce costituzionali, infatti, emerge la diffusione del modo di vedere che identifica la Costituzione - se non esclusivamente, in maniera preponderante - con un insieme di diritti e principi fondamentali tra loro coesi (talvolta una “tavola di valori”), cui si accompagna la valorizzazione della funzione di giurisdizione delle libertà del giudice costituzionale e la centralità delle operazioni di “continuo e vicendevole” bilanciamento tra principi e diritti, da intendersi come fissazione di un “punto di equilibrio dinamico” tra questi⁶⁰⁷. In questo contesto, altresì caratterizzato “dalla *forte apertura alle fonti esterne*”⁶⁰⁸, si innesta l’idea di un dialogo sui diritti fondamentali, dapprima con il giudice internazionale a ciò espressamente deputato e, a seguito della introduzione di un documento dal “contenuto di impronta tipicamente costituzionale”, anche con la Corte di Giustizia; un dialogo, in ogni caso, ordinato e informato al criterio della “massima espansione delle garanzie”⁶⁰⁹ o “massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico”⁶¹⁰.

Sembra comunque opportuno relativizzare la connessione tra il dialogo e questo ‘modo di vedere’: dalla rassegna delle decisioni della Corte di Giustizia, emerge invece che, pur a seguito dell’introduzione nell’ordinamento comunitario della Carta dei diritti

⁶⁰⁵ L’espressione è di: V. Onida, “I diritti umani in una comunità internazionale” in *Il Mulino* 3/2006, pagg. 411 e ss.

⁶⁰⁶ L’espressione è di: R. Guastini “A proposito di neo-costituzionalismo” in *Teoria politica* 1/2011. In G. Pino, *Costituzionalismo dei diritti*, op. cit., pag. 29 e ss., in cui si distingue tra “stato costituzionale”, “neocostituzionalismo” e “costituzionalismo dei diritti”, quest’ultimo utilizzato per definire un insieme di “atteggiamenti, di pratiche, di stili di interpretazione e di argomentazione” di una data comunità in un dato momento storico (cultura giuridica). Si veda anche: G. Itzcovich, “Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti”, cit., pag. 35.

⁶⁰⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013.

⁶⁰⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 349 del 2007.

⁶⁰⁹ Sentenze della Corte costituzionale nn. 170 e 85 del 2013 e n. 264 del 2012.

⁶¹⁰ Sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 e, da ultimo, ordinanza della Corte costituzionale n. 182 del 2020.

fondamentali dal “valore giuridico primario”, non è mutata la concezione del Trattato (la “costituzione” europea). Questa non si esaurisce in un catalogo di diritti, bensì “esprime *soprattutto* un progetto: pone degli obiettivi, persegue degli scopi ed è quindi volto alla trasformazione (integrazione) degli ordinamenti giuridici degli Stati membri”⁶¹¹. Ancora, la presenza di un contenuto tipicamente costituzionale non vale a trasformare la Corte di Giustizia in una “human right court”⁶¹² e, se si vuole, la gerarchia assiologica instaurata dalla Corte di Giustizia nell’ambito del diritto primario individua i “valori” preminenti ed essenziali nella “preminenza, unità ed effettività” del diritto dell’Unione. Pertanto, non sorprende che nel bilanciamento tra le ragioni dell’integrazione e le ragioni della tutela dei diritti siano le prime a prevalere: l’accessione dell’Unione alla CEDU è, infatti, incompatibile con il Trattato ed è comprensibile che alla “massima espansione delle garanzie” o alla “tutela più intensa” dei diritti - espressioni evocate, ad esempio, dal Tribunal Constitucional de España e dalla Corte costituzionale italiana - si sostituisca il (molto meno opaco) criterio della “preminenza, unità e effettività” del diritto dell’Unione.

Come che sia, due sono le caratteristiche principali di questo dialogo *sui* diritti fondamentali.

In primo luogo, denota una situazione di ‘partecipazione congiunta’ dei giudici, appartenenti ai diversi ordinamenti, all’elaborazione e allo sviluppo del diritto⁶¹³. La Corte di Strasburgo contribuisce, per quanto dall’esterno, all’individuazione del contenuto dei diritti da garantire nell’ordinamento comunitario: sia in positivo, poiché essa è il punto di riferimento per l’interpretazione delle disposizioni della Carta di Nizza, sia in negativo, ammonendo circa l’opportunità di un cambiamento

⁶¹¹ G. Itzcovich, “L’interpretazione del diritto comunitario” in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2008 pag. 460. Del resto, non più tardi del parere n. 2 del 2013 l’integrazione tra Stati membri viene definito “raison d’être” della stessa Unione europea.

⁶¹² Come affermato dall’ex Presidente Vassilios Skouris, “the ECJ is not a human rights court, it is the Supreme Court of the European Union”. Citazione riportata da: L. F.M. Besselink, “The ECJ as the European ‘Supreme Court’: Setting Aside Citizens’ Rights for EU Law Supremacy” in *VerfBlog*, 18 agosto 2014 <https://verfassungsblog.de/ecj-european-supreme-court-setting-aside-citizens-rights-eu-law-supremacy/>.

⁶¹³ G. Itzcovich, “Dialogo tra giudici e cultura giuridica”, *cit.*, in cui: “Insomma, perché ci sia dialogo la giurisprudenza delle altre corti non deve essere assunta come un mero fatto normativo – una decisione o insieme di decisioni che si tratta di recepire oppure di respingere – ma deve essere considerata, seppure implicitamente, come un processo normativo, una dinamica in evoluzione su cui il giudice che dialoga intende consapevolmente incidere...”.

giurisprudenziale, dietro minaccia di dare corpo ad un sindacato, per quanto estrinseco ed indiretto, sul diritto dell'Unione europea. In maniera affatto diversa, il giudice costituzionale espressamente parla di una "responsabilità condivisa" dell'attuazione della Convenzione, che si estrinseca nel "confronto costruttivo" con la Corte di Strasburgo sul significato da attribuire ai diritti fondamentali cui si "contribuisce" attivamente⁶¹⁴. In maniera ancora più evidente, anche grazie all'esistenza del rinvio pregiudiziale d'interpretazione e di validità, la Corte costituzionale trasmette alla Corte di Giustizia la propria 'prospettiva' circa determinate questioni giuridiche che coinvolgono i diritti, illustrando la propria tradizione costituzionale o i contenuti che, sulla base di un giudizio discrezionale, si ritengono irrinunciabili connotati dell'identità *assiologica* dello Stato.

In secondo luogo, al netto di tutte le connotazioni che sono variamente ascritte al dialogo sui diritti fondamentali, occorre mettere in evidenza che, lungi dall'essere reso possibile dalla (presunta) "omogeneità valoriale" tra ordinamenti⁶¹⁵, questa forma di soluzione per il problema dello spazio non esclusivo denominata *dialogo* si rende necessaria proprio in ragione della diversità di metodi interpretativi, tecniche argomentative, assunzioni dogmatiche, preferenze etico-politiche di ciascun giudice, nonché, in ultima istanza, delle diverse politiche del diritto (più o meno apertamente) da esso perseguite.

⁶¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

⁶¹⁵ M. Poiares Maduro "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism" in *European Journal of Legal Studies* vol. 1, issue 2, 2007, pag. 17: "EU law does not challenge the constitutional identity of national constitutional orders because it is grounded on the *same legal values*. The same approach has to a certain extent been adopted by the European Court of Human Rights regarding potential conflicts between the European Convention case law and acts of the European Union. Both the national constitutional approaches and the ECHR approach can be seen as the other side of the development by the Court of Justice of the basic principles of the European Union legal order precisely by reference to national constitutional orders and also by reference to the European Convention of Human Rights and Freedoms".

CONCLUSIONES - El *topos* del diálogo entre jueces en el espacio constitucional europeo

La investigación acerca de la idea de un diálogo entre jueces en el espacio constitucional europeo se ha llevado a cabo a través del reconocimiento y organización de un material jurisprudencial amplio y heterogéneo: en un arco temporal que va desde los años sesenta al final de la segunda década del siglo XXI, decisiones judiciales, del juez constitucional, ordinario, sentencias de un tribunal perteneciente a un “ordenamiento de nuevo género”, sentencias de un tribunal internacional especializado en los derechos humanos; pero también discursos de juristas académicos y prácticos, de diverso linaje, formación y procedencia.

El resultado de la investigación, quizás previsiblemente, no otorga un cuadro preciso o unívoco de tal diálogo: el diálogo entre jueces en el espacio constitucional europeo, lejos de constituir un concepto unitario y – sobre todo – coherente, toma la forma de un *topos*, en el cual confluyen y se intersecan una pluralidad de discursos con diversas características⁶¹⁶.

En primer lugar, debe señalarse cómo la idea del diálogo está unida estrechamente al proceso de integración jurídica europea: el diálogo sirve para describir años de relaciones jurisprudenciales guiadas o apremiadas por la jurisprudencia *constituyente* del Tribunal de Justicia, la cual conduce a la *apertura* de los ordenamientos a las *razones* comunitarias, en la doble forma de su penetración en los ordenamientos internos de los Estados miembro y de su reconocimiento en el ámbito del CEDH. Se trata, pues, de un diálogo que tiene lugar entre las cortes nacionales (especialmente constitucionales o, en cualquier caso, supremas) y el Tribunal de Justicia de la Unión y

⁶¹⁶ Entre los cuales, por ejemplo, la prescripción de “dialogar” con otros jueces, como la mejor modalidad o en todo caso deseable que debe guiar las relaciones entre jueces en el espacio constitucional europeo. Así, el padre putativo del “diálogo” entre jueces deseaba una definición pacífica de las relaciones entre el *Conseil d’État* y el Tribunal de Justicia de las (ex) Comunidades Europeas, entre los cuales “il ne *devrait* y *avoir* place ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges”. Por el contrario, respecto de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, usualmente se invoca el “diálogo” a los fines de invocar una “cooperación” entre los dos actores jurisdiccionales, para evitar diferencias jurisprudenciales en materia de derechos fundamentales que perjudican a los Estados que están obligados a respetar los compromisos asumidos.

además – al menos, en cierta medida – entre este último y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la afirmación de la prevalencia y del efecto directo del derecho comunitario, la Corte Constitucional *responde* con la construcción de las relaciones entre ordenamientos “autónomos y separados, coordinados y en comunicación”; a la doctrina constitucional de los “contra-límites” («*controlimiti*») a las limitaciones de soberanía, el Tribunal de Justicia *replica* con la creación de la doctrina de los derechos fundamentales, que se inspiran en las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembro⁶¹⁷. Asimismo, al desarrollo de un control por parte del Tribunal de Estrasburgo acerca de las conductas estatales llevadas a cabo en ejecución del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia *replica* utilizando el Convenio Europeo de Derechos Humanos *tal como* interpretado por el Tribunal de Estrasburgo a los fines de la interpretación y aplicación de los principios generales del derecho comunitario⁶¹⁸. En respuesta a la atención dada al derecho jurisprudencial convencional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elabora la doctrina de la “protección equivalente”, con la cual, delimitando su propia jurisdicción, acepta el reconocimiento de la importancia de las *razones* del Tribunal de Justicia, salvaguardando la aplicación unitaria y uniforme del derecho comunitario en los Estados miembro⁶¹⁹.

Este proceso, lejos de haberse acabado, se renueva con la adopción del Tratado de Lisboa que ha dado nueva vida al proceso de integración europea: y así, ulteriormente, a la afirmación expresa de la prevalencia del derecho comunitario *incluso* sobre aquella parte del derecho constitucional interno reputada axiológicamente preeminente, le sigue la doctrina del recurso prejudicial constitucional acerca “materia de los derechos”⁶²⁰; además, al rechazo del control externo convencional sobre los derechos fundamentales, en cuanto susceptible de perjudicar la integración de los Estados miembro, le sigue la

⁶¹⁷ Capítulo II, sección 2 (“L’apertura dell’ordinamento alle ‘ragioni comunitarie’”).

⁶¹⁸ Capítulo IV, sección 2 (“Dottrina dei diritti fondamentali delle Comunità europee e CEDU”) y, sobre todo, punto 2.2. (“La Corte di Giustizia e la CEDU: *norme interposte* per la tutela dei diritti fondamentali comunitari”).

⁶¹⁹ Capítulo IV, sección 3 (“La Corte di Strasburgo e la dottrina della *protezione equivalente*”).

⁶²⁰ Capítulo II, sección 4 (“Il dialogo sui diritti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia dell’Unione europea.”)

reivindicación de un control *ad hoc* sobre el derecho comunitario en cabeza del Tribunal EDH, con carácter indirecto⁶²¹.

Se trata, por tanto, de un diálogo *sobre* el derecho comunitario como ordenamiento jurídico *de nuevo género*, dotado de *características específicas*⁶²², que marca el comienzo de la comparación entre jueces⁶²³.

Desde el proceso de integración jurídica, la idea del diálogo migra sucesivamente hacia la temática de la tutela multinivel de los derechos fundamentales, que involucra al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al Tribunal de Justicia y a las Cortes Constitucionales (o de cualquier modo supremas) de los ordenamientos nacionales.

En el *espacio constitucional europeo* – compuesto por más ordenamientos jurídicos, autónomos, pero *abiertos* el uno al otro, ni exclusivos ni jerárquicamente ordenados – se vuelve común la descripción del ejercicio de la función jurisdiccional de tutela de derechos alrededor de la idea del diálogo entre tribunales.

Los tribunales en Europa se comparan, tienen en cuenta en el propio razonamiento jurídico el “punto de vista” de los demás: las interpretaciones presentadas, la solución de conflictos, las limitaciones admitidas a los derechos.

Esto es acompañado por una multiplicidad de prácticas argumentativas e interpretaciones típicas, consideradas verdaderos y propios *indicios* del diálogo: la ponderación entre derechos y principios de catálogos “integrados”, la multiplicación de las “interpretaciones conformes” (a la Constitución, al Convenio, a la Carta de Niza), la doctrina de la protección equivalente; pero también aquellas técnicas con las cuales

⁶²¹ Capítulo IV, secciones 5 (“Autonomia dell’interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali”) e 6 (“Il sindacato della Corte di Strasburgo sulle *carenze manifeste* nella tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario”).

⁶²² Capítulo II, punts 2.1. (“Le ‘ragioni comunitarie’ della Corte di Giustizia delle (ex) Comunità europee: un ordinamento giuridico *di nuovo genere*”), 4.1. (“Le nuove ‘ragioni comunitarie’ della Corte di Giustizia dell’Unione europea: i diritti fondamentali come strumento di integrazione”) así como, en resumen, capítulo IV, sección 5. (“Autonomia dell’interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali”).

⁶²³ En términos similares, M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, cit., pág. 129 que, al poner en relieve un cambio en la “regla de reconocimiento del derecho italiano”, afirma que “In virtù del *dialogo* fra Corte di giustizia europea e corti costituzionali interne è cambiato il sistema delle fonti e in particolare le loro relazioni gerarchiche [...] È forse inutile sottolineare ancora una volta come ciò sia avvenuto a opera di organi giurisdizionali. Semmai va notato che, se la regola di riconoscimento serve a delimitare il diritto rispetto al non-diritto, oggi lo delimita sempre meno...”.

influnciar la posición del interlocutor, como la (renovada) doctrina de los “contra-límites”, la doctrina del derecho consolidado convencional y el control convencional sobre las carencias manifestadas en la tutela de los derechos en el ordenamiento comunitario.

En este ámbito, normalmente se encuentra difundida la tesis de que el diálogo se vincula estrechamente con la “cultura de los derechos”⁶²⁴ o con la difusión de un “montón (con límites indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas⁶²⁵ de las cuales pueden encontrarse múltiples rastros en el razonamiento jurídico de la Corte Constitucional y en la doctrina predominante (no exclusivamente) italiana.

De los pronunciamientos constitucionales, en efecto, surge la difusión del “modo de ver” que concibe a la Constitución – si no exclusivamente, de manera preponderante – como un conjunto de derechos y principios fundamentales coherentes entre sí (a veces una “tabla de valores”), que es acompañada por la valorización de la función de jurisdicción de las libertades del juez constitucional y la centralidad de las operaciones de ponderación “continua y recíproca” entre principios y derechos, que debe entenderse como la fijación de un “punto de equilibrio dinámico” entre estos⁶²⁶. En este contexto, también caracterizado “por la *fuerte apertura a las fuentes externas*”⁶²⁷, se injerta la idea de un diálogo sobre los derechos fundamentales, primero con el juez internacional expresamente designado para ello y, luego de la introducción de un documento de “contenido de impronta típicamente constitucional”, también con el Tribunal de Justicia;

⁶²⁴ La expresión es de: V. Onida, “I diritti umani in una comunità internazionale” en *Il Mulino* 3/2006, págs. 411 e ss.

⁶²⁵ La expresión es de: R. Guastini “A proposito di neo-costituzionalismo” en *Teoria politica* 1/2011. En G. Pino, *Costituzionalismo dei diritti*, op. cit., pág. 29 y ss., en donde se distingue entre “Estado constitucional”, “neoconstitucionalismo” y “constitucionalismo de los derechos”, este último utilizado para definir un conjunto di “atteggiamenti, di pratiche, di stili di interpretazione e di argomentazione” de una determinada comunidad en un determinado momento histórico (cultura jurídica). Véase también: G. Itzcovich, “Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti”, cit., pág. 35.

⁶²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional n. 85 del 2013.

⁶²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional n. 349 del 2007.

un diálogo, en todo caso, ordenado e inspirado en el criterio de la “máxima expansión de las garantías”⁶²⁸ o “máxima salvaguarda de los derechos a nivel sistémico”⁶²⁹.

Parece de todas formas apropiado relativizar la conexión entre el diálogo y este “modo de ver”: del examen de las decisiones del Tribunal de Justicia, por el contrario surge que, incluso luego de la introducción del “valor jurídico primario” en el ordenamiento comunitario de la Carta de los Derechos Fundamentales, no ha cambiado la concepción del Tratado (la “constitución” europea). Ésta no se agota en un catálogo de derechos, sino “expresa *sobre todo* un proyecto: fija objetivos, persigue metas y está dirigido a la transformación (integración) de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro”⁶³⁰. Todavía, la presencia de un contexto típicamente constitucional no transforma al Tribunal de Justicia en una “human rights court”⁶³¹ y, si se quiere, la jerarquía axiológica instaurada por el Tribunal de Justicia en el ámbito del derecho primario determina los “valores” preeminentes y esenciales en la “preeminencia, unidad y efectividad” del derecho de la Unión. Por lo tanto, no es sorprendente que en la ponderación entre las razones de la integración y las razones de la tutela de los derechos sean las primeras las que prevalecen: la adhesión de la Unión al CEDH es, en efecto, incompatible con el Tratado y es comprensible que la “máxima expansión de las garantías” o a la “tutela más intensa” de los derechos – expresiones evocadas, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de España y por la Corte Constitucional italiana – se sustituyan por el (mucho menos opaco) criterio de la “preeminencia, unidad y efectividad” del derecho de la Unión.

Así las cosas, dos son las características principales de este diálogo *sobre los* derechos fundamentales.

⁶²⁸ Sentencias de la Corte Constitucional nn. 170 y 85 del 2013, y n. 264 del 2012.

⁶²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional n. 269 del 2017 y, por último, ordenanza de la Corte Constitucional n. 182 del 2020.

⁶³⁰ G. Itzcovich, “L’interpretazione del diritto comunitario” en *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2008 pág. 460. Por lo demás, no mucho después del dictamen n. 2 del 2013, la integración entre Estados miembro es definida “raison d’être” de la misma Unión Europea.

⁶³¹ Como afirmado por el ex Presidente Vassilios Skouris, “the ECJ is not a human rights court, it is the Supreme Court of the European Union”. La cita es de: L. F.M. Besselink, “The ECJ as the European ‘Supreme Court’: Setting Aside Citizens’ Rights for EU Law Supremacy” en *VerfBlog*, 18 de agosto de 2014 <https://verfassungsblog.de/ecj-european-supreme-court-setting-aside-citizens-rights-eu-law-supremacy/>.

En primer lugar, denota una situación de “participación conjunta” de los jueces, que pertenecen a diferentes ordenamientos, en la elaboración y en el desarrollo del derecho⁶³². El Tribunal de Estrasburgo contribuye, aunque desde afuera, a la determinación del contenido de los derechos a garantizar en el ordenamiento comunitario: sea en positivo, ya que éste es un punto de referencia para la interpretación de las disposiciones de la Carta de Niza, sea en negativo, advirtiéndolo sobre la oportunidad de un cambio jurisprudencial, bajo amenaza de poner en práctica un control, aunque extrínseco e indirecto, sobre el derecho de la Unión Europea. De forma completamente diferente, el juez constitucional habla expresamente de una “responsabilidad compartida” en la aplicación del Convenio, que se proyecta en la “comparación constructiva” con el Tribunal de Estrasburgo acerca del significado que debe atribuirse a los derechos fundamentales a los que se “contribuye” activamente⁶³³. De forma aún más evidente, también gracias a la existencia del reenvío prejudicial de interpretación y de validez, la Corte Constitucional transmite al Tribunal de Justicia su propia “perspectiva” acerca de determinadas cuestiones jurídicas que involucran los derechos, ilustrando su propia tradición constitucional y los contenidos que, sobre la base de un juicio discrecional, se consideran irrenunciables característicos de la identidad *axiológica* del Estado.

En segundo lugar, más allá de todas las connotaciones que se adscriben al diálogo sobre los derechos fundamentales, debe ponerse en relieve que, lejos de resultar posible gracias a la (presunta) “homogeneidad valorativa” entre ordenamientos⁶³⁴, esta forma de

⁶³² G. Itzcovich, “Dialogo tra giudici e cultura giuridica”, *cit.*, en donde: “Insomma, perché ci sia dialogo la giurisprudenza delle altre corti non deve essere assunta come un mero fatto normativo – una decisione o insieme di decisioni che si tratta di recepire oppure di respingere – ma deve essere considerata, seppure implicitamente, come un processo normativo, una dinamica in evoluzione su cui il giudice che dialoga intende consapevolmente incidere...”.

⁶³³ Sentencia de la Corte Constitucional n. 49 del 2015.

⁶³⁴ M. Poiares Maduro “Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism” en *European Journal of Legal Studies* vol. 1, issue 2, 2007, pág. 17: “EU law does not challenge the constitutional identity of national constitutional orders because it is grounded on the *same legal values*. The same approach has to a certain extent been adopted by the European Court of Human Rights regarding potential conflicts between the European Convention case law and acts of the European Union. Both the national constitutional approaches and the ECHR approach can be seen as the other side of the development by the Court of Justice of the basic principles of the European Union legal order precisely by reference to national constitutional orders and also by reference to the European Convention of Human Rights and Freedoms”.

solución para el problema del espacio no exclusivo denominada *diálogo* se vuelve necesaria justamente en razón de la diversidad de métodos interpretativos, técnicas argumentativas, asunciones dogmáticas, preferencias ético-políticas de cada juez, así como, en última instancia, en razón de las diferentes políticas del derecho perseguidas (más o menos abiertamente) por cada uno de ellos.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *Prospettive per un diritto penale europeo. IV Convegno di diritto penale, Bressanone, 1967*, Padova, CEDAM, 1968
- AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale*, Padova, CEDAM, 1989
- AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, Franco Angeli editore, 1978
- AA.VV., *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009
- AA.VV., *L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno del 10 dicembre 1976*, Milano, Giuffrè, 1977
- AA.VV., *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984
- AA.VV., *Mélanges Wiarda Heymans*, Köln, Verlag, 1988
- AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004
- Ahdieh R.B., "Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts" in *New York University Law Review*, vol. 79, 2004
- Ahmed T., de Jesús Butler I., "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective", in *European Journal of International Law* vol. 17, 2006
- Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002
- Allard J., Van Waeyenberge A., "De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger", in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2008
- Allard J., A. Garapon A., *Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil, 2005
- Alpa G., "La regola del precedente e i suoi "falsi amici", in *Contratto e impresa* 4/2017
- Alston P. (ed), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Amalfitano C., (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della 'saga Taricco'*, Milano, Giuffrè 2018
- Amodio E., "La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967
- Amos M., "The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights", *International & Comparative Law Quarterly* vol. 61, 2012
- Andrioli V., "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo penale" in *Temi romana: raccolta mensile della giurisprudenza della Corte d'appello, dei tribunali e delle preture dipendenti*, 1964
- Antoniolli L., "Corte di giustizia - Diritto comunitario" in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Milano, Giuffrè, 2007,
- Arroyo-Jiménez L., "Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union" in *European Public Law*, 24/2018
- Ascarelli T., "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione" in *Rivista diritto processuale* 1957

- Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I. (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press 2012
- Ballestrero M.V., Guastini R., “Dialogando su principi e regole” in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1/2017
- Barak A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review* vol. 116, 2002
- Barbera A., Mortati C., *Una e indivisibile*, Milano, Giuffr , 2007
- Barberis M., *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli 2017
- Barents R., “The Court of Justice after the Treaty of Lisbon”, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010
- Barile G., *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale: alcune considerazioni in tema*, Padova CEDAM, 1987
- Barile P., “Il cammino comunitario della Corte”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973
- Barnard C., Sharpston E., “The Changing Face of Article 177 References”, in *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997
- Bartole S., “Pregiudiziale comunitaria ed ‘integrazione’ di ordinamenti”, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 29 settembre 2008
- Bartolini G., *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, Jovene editore, 2009
- Bates E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Bateup C., “The Dialogical Promise: Assessing the Normative Potential of Theorie of Constitutional Dialogue”, in *Brooklyn Law Review* vol. 71, 2006
- B chillon D., “Cinq cours supremes? Apologie (mesur e) du desordre”, in *Pouvoirs* 137/2011
- Benvenuti S., *La via francese alla giustizia costituzionale: ideologia, politica e dialogo tra Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2016
- Bernardi A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016
- Bernardi A., Cupelli C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Napoli, Jovene, 2017
- Besselink L. F. M., “Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, in *Common Market Law Review*, vol. 35, Issue 3, 1998
- Bignami M., “Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente” in *Diritto Penale Contemporaneo* 2/2015
- Bilancia P., de Marco E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione. Atti del Convegno. Milano, 4 aprile 2003*, Milano, Giuffr , 2004
- Billis E., “The European Court of Justice: a “Quasi-Constitutional” Court in Criminal Matters? The *Taricco* Judgment and Its Shortcomings” in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, 2016

- Bin R., “Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni” in *Rivista AIC* 4/2018
- Bin R., Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del seminario Ferrara 9 marzo 2007*, Torino, Giappichelli, 2007
- Biscottini G., Scalabrino Spadea M. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, Giuffrè, 1981
- Blackburn R., Polakiewicz J. (eds), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States 1952-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- Bonelli M., “The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, 2018
- Bonnet B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Extensio Editions, 2016
- Bribosia E., Weyembergh A., “Confiance mutuelle et droits fondamentaux: back to the future”, *Cahier de droit européen*, 2/2016
- Bricola F., “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza” in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1967
- Brittain S., “The Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis” in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, no. 3, 2015
- Buergenthal T., “The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States” in *International and Comparative Law Quarterly Supplementary Publication*, vol. 11, 1965
- Bultrini A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, Giappichelli, 2004
- Burgorgue-Larsen L., Levade A., Picod F., (dir), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005
- Burgorgue-Larsen L., “Jurisprudence européenne comparée” in *Revue du droit public* 5/2008
- Burgorgue-Larsen L., “The Constitutional Dialogue in Europe: A ‘political’ dialogue”, in *European Journal of Current Legal Issues*, vol. 21, 2015
- Butturini D., “La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all’elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009”, in *Giurisprudenza costituzionale* 2/2010
- Calabresi, G., *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, Il Mulino, 2013
- Callewaert J., “Do we still need article 6(2) TEU? Consideration on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences”, in *Common Market Law Review* vol. 55, issue 4, 2018
- Campanelli G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, Giappichelli, 2005
- Cannizzaro E., “Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993

- Cannizzaro E., *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1991
- Caprioli S., Treggiari F. (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia nei giorni 9-11 novembre 1989*, Perugia, Pliniana, 1992
- Cardone A., “Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2001
- Cardone A., “Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè 2012,
- Cardone A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012
- Cartabia M., “‘Taking Dialogue Seriously’ – The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union” in *Jean Monnet Working Paper* 12/2007
- Cartabia M., “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” in *Rivista AIC* 3/2017
- Cartabia M., “Europe today: Bridges and Walls” in *International Journal of Constitutional Law*, 2018
- Cartabia M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995
- Cartabia M., Celotto A., “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, in *Giurisprudenza costituzionale* 6/2002
- Cartabia, M., “L’universalità dei diritti umani nell’età dei ‘nuovi diritti’”, in *Quaderni Costituzionali* 3/2009
- Carulli N., *Il diritto di difesa dell’imputato*, Napoli, Jovene, 1967
- Casonato C. (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004
- Cassese A., “L’efficacia delle norme italiane di adattamento alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo” in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 4/1969
- Cassese A., Clapham A., Weiler J. H. H. (eds), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991
- Cassese A., *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2013
- Cassese S., “Fine della solitudine delle corti costituzionali ovvero il dilemma del porcospino”, in *Ars Interpretandi* 1/2015
- Cassese, S., *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donezelli, 2009
- Celotto A., “Dalla ‘non applicazione’ alla ‘disapplicazione’ del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario”, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 1, 1995
- Celotto A., “Ritorno al passato sui controlimiti”, in *Giurisprudenza costituzionale* 3/2018
- Chessa O., “Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso *Taricco*”, in *Forum Quaderni Costituzionali* 2018
- Chiassoni P., “Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa” in *Diritto e Questioni pubbliche* 2018
- Chiassoni P., *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999
- Chiassoni P., *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007

- Chiavario M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano 1969
- Ciarlo P., Pitruzzella G., Tarchi R. (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli 1997
- Cicconetti S. M., "Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte" in *Rivista AIC* 4/2011
- Civitarese Matteucci S., "Breaking the Isolation? Italian Perspectives on the Dialogue Between the European Court of Justice and Constitutional Courts" in *European Public Law* vol. 22, 2016
- Claes M., de Visser M., Popelier P., Van de Heyning C. (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012
- Claes M. de Visser, "Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks" in *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012
- Claes M., *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006
- Clayton R., "Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention under the Human Rights Act 1998", in *Public Law* vol. 33, 2004
- Cocozza F., *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 1984
- Colacino N., "Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio" in *Rivista di Diritti comparati* 2017
- Condorelli L., "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1979
- Conforti B., "Diritto comunitario e diritto degli Stati Membri" in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966
- Cosio R., Foglia R., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, Giuffrè, 2013
- Conso G., "I diritti dell'uomo e il processo penale" in *Rivista di diritto processuale* 1968
- Conti R., "La CEDU assediata? Osservazioni a Corte Cost. sent. n. 49/2015" in *Consulta Online*, 1/2015
- Coppel J., O'Neill A., "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" in *Common Market Law Review*, 4/1992
- Costello C., "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe" in *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006
- Craig P. P., "Once upon a Time in the West: the Direct Effect and the federalization of EEC Law", in *Oxford Journal of Legal Studies* 1992
- Craig P., De Burca G. (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova Cedam, 1984
- Crivelli E., "Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo" in *Quaderni costituzionali* 3/2018
- Curtin D., Heukels T. (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994

- D'Amico M., "Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: un nuova strada per la Corte costituzionale?" in *Giurisprudenza italiana* 1/1993
- D'Atena A., Grossi P.(a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffr , 2004
- Dani M., "Tracking Judicial Dialogue – The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court" in *Maastricht Journal of Comparative Law*, vol. 16, 2009
- De Burca G., "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013
- De Salvia M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001
- de Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2014
- Delmas-Marty M., *Les forces imaginantes du droit:Tome 2, le pluralisme ordonn *, Paris, Seuil 2006
- Di Giovine A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1969
- Dixon R., *Comparative Constitutional Law*, Edwar Edgar Publishing, Cheltenham 2011
- Donati F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano Giuffrè, 1995
- Donner A. M., "National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities" in *Common Market Law Review* 1963
- Dor G., 'Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective', in *Indiana International & Comparative Law Review* 2000
- Dougan M., "Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the Scope of Union Law" in *Common Market Law Review* vol. 52, 2015,
- Douglas-Scott S., "A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights *Acquis*" in *Common Market Law Review* 2006
- Douglas-Scott S., "*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, application No. 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005" in *Common Market Law Review* 2006
- Drobnig U., Van Erp S.(eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, The Hague, Kluwer, 1999
- Dubouis L., "Objet et portée de la protection", in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33 n. 2, 1981
- Dubout E., Touze S. (dir), *Les droits fondamentaux: charnieres entre ordres et systemes juridiques*, Paris, Pedone, 2009
- Dzehtsiarou K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights" in *German Law Journal* 2011
- Dzehtsiarou K., O'Meara N., "Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control." in *Legal Studies*, vol. 34, 2014
- Eeckhout P., "Opinion 2/13 on Eu Accession to ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?" in *Fordham International Law Review* vol. 38, 2015

- Fabbrini F., Larik J., "The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights" in *Yearbook of European Law*, Vol. 35, 2016
- Fabbrini F., "Kelsen in Paris: France's constitutional Reform and the Introduction of a *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation" in *German Law Journal* 9/2008
- Fabbrini, F., *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Fabozzi C., "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano" in *Temi romana*, 1963
- Fabozzi C., *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 1961
- Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (a cura di), *La corte costituzionale e le corti d'Europa: atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio -1 giugno 2002*, Torino, Giappichelli, 2003
- Faraguna P., "Roma locuta, Taricco finita", in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018
- Favreau B., Skouris V. (sous la direction de), *La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant 2010
- Ferrari, G.F, Gambaro A. (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006
- Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Fontanelli F, Martinico G., Carrozza P. (eds), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010.
- Fontanelli F., Martinico, G., "Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'dialogo nascosto' fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello" in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2008
- Forsythe D.P., *The internationalization of human rights*, Lexington, Lexington books, 1991
- Friedman A., "Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence", in *Suffolk University Law Review*, vol. 44, issue 4, 2011
- Gaja G., "Quale nuovo filtro per i ricorsi individuali a Strasburgo?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4/2010
- Gallo D., "La Corte costituzionale chiude la 'saga Taricco': tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto" in *European papers* 2018
- Gardbaum S., "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", in *American Journal of Comparative Law* vol. 49, 2001
- Gargl P., *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013
- Garlicki L., "Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe" in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008
- Gemma G., "Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale" in *Quaderni costituzionali* 3/2002

- Gerards J. H., Fleuren J.W.A. (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law. A Comparative Analysis*, Antwerp, Intersentia, 2014
- Gerards J., "The Paradox of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights' Transformative Power", in *Kutafin University Law Review*, volume 4, 2017
- Glas L. R., Krommendijk J., "From Opinion 2/13 to *Avotins*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts" in *Human Rights Law Review*, 2017
- Glas L. R., "Dialogue in the European Convention on Human Rights System: inspiration, added-value and means", *European Journal of Human Rights* 3/2015
- Glas, L.R., *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerp, Intersentia, 2016
- Glendon, M.A., *Rights Talks: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991
- Grainne de Burca, "The Road Not Taken: The European Union as a Global Human Rights Actor" in *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011
- Greer S., Wildhaber L., "Revisiting the Debate about Constitutionalising the European Court of Human Rights." in *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012
- Greer S., *The European convention on human rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Grementieri V., "Le garanzie internazionali nel processo civile" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1969
- Grevi V., "Spunti sull'art. 6.3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)" in *L'indice penale* 1968
- Grisolia M. C., "Alcune osservazioni sulle 'sentenze comandamento' ovvero sul 'potere monitorio' della Corte costituzionale", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1982
- Groppi T., Ponthoreau M.C. (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013
- Groppi T., "Il dialogo tra corti in materia di antiterrorismo: strategia giurisprudenziale o convergenza culturale?" in *Politica del diritto* 1/2011
- Groppi T., "Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana" in *Politica del diritto* 2002
- Grossi P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015
- Guastaferrò B., 'Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco' [Reduce constitutional conflicts in order to solve them: analysing the Taricco case], in *Quaderni costituzionali* 2/2018
- Guastaferrò B., "La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013", in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2013
- Guastini R., *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995
- Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998
- Guastini R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006

Guastini R., "Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali" in *Ragion pratica* 1/2006

Guastini R., "A proposito di neo-costituzionalismo" in *Teoria politica* 1/2011

Guastini R., "Per una tassonomia delle controversie tra giuristi" in *Diritto pubblico* 3/2011

Guastini R., "Conoscere il diritto" in *Diritto e questioni pubbliche* 3/2013

Guastini R., "I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana" in *Consulta Online*, 1/2016

Guastini R., "La costituzione senza identità" in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online* 1/2020

Guazzarotti A., "L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze gemelle", in *Osservatorio sulle fonti* 2018

Halberstam D., "It's the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward" in *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, 2015

Harpaz G., "The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy", in *Common Market Law Review*, vol 46, 2009

Harris D., Livingstone S., *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998

Helfer L. R., "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", in *Cornell International Law Journal* (vol. 26, 1993

Helfer L. R., Slaughter A. M., "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication" in *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997

Helfer L.R., "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime" in *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008

Hess B., Ménetrey S.(dir), *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014

Iacometti M., "Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo", in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013

Iglesias Sánchez S., "The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights" in *Common Market Law Review* vol. 49, 2012

Iliopoulos-Strangas J. (a cura di), *Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration?*, Bruxelles, Bruylant, 2007

Itzcovich G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006

Itzcovich G., "L'interpretazione del diritto comunitario" in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/ 2008

Itzcovich G., "Ordinamento giuridico, pluralismo, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti" in *Diritto Pubblico comparato ed Europeo* 1/2009

Itzcovich G., "Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale", in *Rivista di filosofia del diritto* 1/2017

Itzcovich G., "Dialogo tra giudici e cultura giuridica", *paper* presentato al *workshop* "Dialogo e riconoscimento fra corti nazionali e internazionali", Università degli Studi di Parma, 7 marzo 2018

Jacob F.G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, in *Journal du droit international*, 38/2003

Jacobs F. G., *The Sovereignty in Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007

Jacqué J. P., “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, in *Common Market Law Review* 2010

Jakab A., Dyeve A., Itzcovich G. (eds), *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017

Janis M., Kay R., Bradley A. (eds), *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford, Clarendon Press, 1995

Keller H., Stone Sweet A. (eds), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008

Krenn C., "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13" in *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, 2015

Kuhnert K., "Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection" in *Utrecht Law Review*, vol. 2, 2006

Lacchi C., “Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References” in *Common Market Law Review* 2016

Lamarque E. (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015

Landfried, C. (ed), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019

Lavagna C., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Milano, Giuffrè, 1957

Law Chang D. W. C., “The Limits of Global Judicial Dialogue” in *Washington Law Review* 2011

Lawson R. and de Blois M. (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G.S. Schermers* (Volume III), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994

Lawson R., de Blois M. (Eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry G.S. Schermers* (Volume III) Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994

Lazowski, A., Ramses A. W., "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR" in *German Law Journal*, vol. 16, no. 1, 2015

Lenaers K., de Smijter E., “A ‘Bill of Rights’ for the European Union” in *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001

Lenaerts K., Gutierrez-Fons J.A., “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, in *Common Market Law Review* 2010

Lenaerts K., “Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights”, in *European Constitutional Law Review*, 2012

Leyland P., “Human Rights Act 1998: Riportare i diritti casa”, in *Quaderni Costituzionali* 1/2000

Lichère F., Potvin-Solis, L., Raynouard A. (dir), *Le dialogue entre les juges européennes et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, Nemesis Bruylant, 2004

Lock t., "The ECJ and the ECtHR: the Future Relationship between the two European Courts" in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009

Lollini A., "Searching for Differences": l'uso del diritto straniero seguendo un'ermeneutica per differenziazione", in *Ars Interpretandi* 1/2016

Longo A., "Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprendimento identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017", in *Rivista AIC* 3/2017

Lorenz W., "General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities" in *American Journal of Comparative Law*, vol. 13, 1964

Luciani M., "Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale", in *Corriere Giuridico* 2/2008

Luciani M., "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico" in *Giurisprudenza Costituzionale* 4/2006

Luciani M., "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale", in *Rivista AIC*, n. 2/2016

Luciani M., "Interpretazione conforme a Costituzione", in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016

Magnani M., "L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza e nella prassi delle Comunità europee" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1979

Mak, E., *Judicial Decision-Making in a Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2013

Malintoppi A., *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, Giuffrè, 1955

Mancini G. F., "The Making of a Constitution for Europe" in *Common Market Law Review* vol. 26, 1989

Mancini G. F., "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989

Mantovani F., *Diritto penale*. Padova, CEDAM, 2014

Margotta Broglio F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1967

Martinez J.S., "Towards an International Judicial System", in *Stanford Law Review*, 2003

Martinico G., "Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?" in *Diritto Pubblico Comunitario ed europeo*, 3/2018

Martinico G., *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2008

Martinico G., "Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)" in - *Rivista Diritto Penale Contemporaneo* 2/2015

Martinico G., *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2016

Martinico G., "When Courts Respectfully Disagree: How National Courts Disobey the ECtHR", *Inter-American & European Human Rights Journal* vol. 9, 2016

- G. Martinico, "Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo" in *Diritto e Società* 4/2019
- Martinico G., Fontanelli F., "Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'dialogo nascosto' fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2008
- Martinico G., Pollicino O. (eds), *The National Judicial Treatment of ECHR and EU Laws. A comparative Constitutional Perspective*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010
- Martinico G., Pollicino O., *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, Elgar, 2012
- Marzanati A., "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 6/1998
- Maugüé C., "La QPC: 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue", in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 47/2015
- Mazzarese T., Parolari P. (a cura di), *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010
- McCrudden C., "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20/2000
- Mengozzi P., "A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts", in *Il diritto dell'Unione europea* 3/2015
- Meuwese A. Snel M., "'Constitutional Dialogue': An Overview" in *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013
- Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale. Tomo II*, Padova, CEDAM, 2011
- Miele M., *Patti internazionali sui diritti dell'uomo e diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1968
- Millet F. X., "L'excepción d'incostitucionalité en France ou l'impossibilité du souhaitable" in *Revue du droit publique* 2008
- Mori P., "Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana" in *Rivista di diritto internazionale* 1983
- Morrone A., "Bilanciamento" in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 2014,
- Mortati C., *Dottrine generali e costituzione della Repubblica Italiana*, Milano, Giuffrè, 1986
- Mortati C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940
- Mutua, M. *Human Rights: a political and cultural critique*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2002
- Nascimbene B., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002
- Navarretta E., Pertici A. (a cura di), *Il dialogo tra le corti. Principi e modelli di argomentazione. Atti del Seminario Pisa, 3 aprile 2003*, Plus, Pisa 2004
- Nisticò M., "Taricco II: il passo indietro della Corte di Giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti" in *Osservatorio Costituzionale* 1/2018
- Nisticò M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato: contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015

- Oddi A., “*Handle with care. L’uso giurisprudenziale del diritto straniero: profili teorici e pratici*” in *Ars Interpretandi* 1/2016
- Örücü E. (a cura di), *Judicial Comparativism in Human Rights*, Birmingham, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003
- Ost F., Van de Kerchove M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F, 1988
- Panunzio S. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2005
- Paris D., “Allies and Counterbalances. Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective”, in *Heidelberg Journal of International Law* vol. 77, 2017
- Paris D., *Il parametro negletto: Diritto dell’Unione europea e giudizio in via principale*, Torino Giappichelli, 2018
- Pegoraro L., *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, CEDAM, 1984
- Pegoraro L., “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni ’80”, in *Quaderni costituzionali*, 1987
- Pellizzone I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 2017
- Pernice I., “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, in *European Law Review*, 2002
- Pescatore P., “Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities” in *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970
- Pescatore P., “International Law and Community Law. A Comparative Analysis” in *Common Market Law Review*, vol. 7, 1970
- Pescatore P., “The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law”, in *European Law Review* 1983
- Petrov J., “Unpacking the partnership: typology of constitutional courts’ roles in implementation of the European Court of Human Rights’ case law” in *European Constitutional Law Review* 2018
- Piccirilli G., “The ‘Taricco Saga’: the Italian Constitutional Court continues its European Journey” in *European Constitutional Law Review*, 2018
- Pinardi R., “L’inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013
- Pinelli C., “I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e comunitario”, in *Foro italiano* 2001
- Pinelli C., “La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999
- Pinelli C., “I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza”, in *Politica del diritto*, 1/2008
- Pino G., *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2010
- Pino G., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 2017

- Pisani M., “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e riforma del processo penale” in *Foro italiano* 4/1966
- Pizzorusso A., “Giustizia costituzionale (dir. comp.)” in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè 2007
- Pizzorusso A., Romboli R., Ruggeri A., Saitta A., Silvestri G. (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003
- Pocar F., *Commentario breve al Trattato CE*, Milano, Giuffrè, 2002
- Poiarés Maduro M., Azoulai L., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on The 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010
- Poli M. D., “The Judicial Dialogue in Europe. Adding Clarity to a Persistently Cloudy Concept” in *ICL Journal (Vienna Journal on International Constitutional Law)*, vol. 11, issue 3, 2017
- Pollicino O., “Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and co-operative constitutionalism. Judgments No. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007” in *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008
- Pollicino O., “From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review* 2014
- Pollicino O., *Allargamento dell’Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010
- Popelier P., C. van de Heyning, P. van Duffel (eds), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Antwerp, Intersentia, 2011
- Prek M., Lefèvre S., “The EU Courts as ‘National Courts’: National Law in the EU Judicial process”, in *Common Market Law Review* vol. 54, 2017
- Pugiotto A., *Sindacato di costituzionalità e ‘diritto vivente’. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè 1994
- Pustorino P., “Sull’applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento interno” in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1/1995
- Rabello A.M., Zanotti A. (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milano, Giuffrè, 2001
- Raimondi G., “Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega” in *Quaderni Costituzionali*, 2/2014
- Raimondi G., “La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nella gerarchia delle fonti dell’ordinamento italiano”, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1990
- Raimondi G., *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
- Rasmussen M.B., Dionigi M.K., “National Parliaments’ Use of the Political Dialogue: Institutional Lobbyists, Traditionalists or Communicators?”, in *JCMS: Journal of Common Market Studies* 2018
- Repetto G., “L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al ‘doppio binario’” in *Diritto pubblico* 3/2014

Repetto G., “Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II”, in *Diritti comparati*, 2017

Resta E., *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza Editore, 2008

Ridolfi A., “Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del cosiddetto dialogo tra corti” in *Rivista AIC* 3/2016

Roach K., “Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience”, in *Texas International Law Journal* vol. 40, 2005

Robertson A.H., *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, Londra, Stevens, 1956

Robin-Olivier S., “The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections” in *International Journal of Constitutional Law*, 12/2014

Rolla G., “La tutela dei diritti fondamentali innanzi alle giurisdizioni sovranazionali e la formazione di una giurisdizione costituzionale dei diritti e delle libertà: una comparazione tra il sistema europeo e interamericano” in *Bocconi Legal Papers* 1/2013

Romboli R., “L’influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano” in *GiurCost*, 3/2018

Rosas A., “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue” in *European Journal of Legal Studies*, 1/2007

Rossa Phelan D., *Revolt or revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997

Ruggeri A., “‘Nuovi’ diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione” in *Politica del diritto* 1/1993

Ruggeri A., “Giurisprudenza costituzionale e valori” in *Diritto Pubblico* 1/1998

Ruggeri A., “Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo ‘intercostituzionale’”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2001

Ruggeri A., “Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione” in *Ragion pratica*, 2002

Ruggeri A., “Interpretazione costituzionale e ragionevolezza” in *Politica del diritto* 4/2006,

Ruggeri A., “La tutela ‘multilivello’ dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali”, in *Politica del diritto* 3/2007

Ruggeri A., “Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema”, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* 2007

Ruggeri A., “Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)” in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2009

Ruggeri A., “Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)”, in *Rivista AIC* 3/2012

Ruggeri A., “Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib.

di Roma, I Sez. Civ., che dà ‘seguito’ a Corte EDU Costa e Pavan)”, in *Diritti comparati*, 8 ottobre 2013

Ruggeri A., “Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in *progress*, al servizio dei diritti fondamentali” in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2014

Ruggeri A., “Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela”, in *Giurcost*, Studi, II/2016

Ruggeri A., “Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in *progress* e a geometria variabile. *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*” in *Giurcost* 2018

Rupp H., “Judicial Review in the Federal republic of Germany” in *American Journal of Comparative Law*, 9/1960

Saccucci A., “Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione “sussidiaria” delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6/2012

Saccucci A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappicchelli, 2005

Sales Sir P., “Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act: A Response to Lord Irvine”, in *Public Law* 2/2012

Salmoni F., “Unità nella diversità o diversità nell’unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale” in *Rivista AIC* 2/2019

Sandro P., “Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull’Unione europea”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2009

Santoli S., “La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU in Italia e in Francia”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002

Sarmiento D., “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe” in *Common Market Law Review*, 50, 2013

Scaccia G., “‘Rottamare’ la teoria dei controlimiti?” in *Quaderni Costituzionali* 1/2013

Schauer F., *Il ragionamento giuridico*, Bari, Carocci Editore, 2016

Schermers H. G., “The European Community Bound by Fundamental Rights”, in *Common Market Law Review* 1990

Schermers H.G., “Guest Editorial: The new European Court of Human Rights”, in *Common Market Law Review*, vol. 35/1998

Sciarabba V., “Dopo Mangold la Corte di Giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne”, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo* 2/2010

Siclari M., *Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità*, Padova, Cedam, 1992

Silvestri G., “Considerazioni conclusive”, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018

Slaughter A. M., *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2009

Slaughter A.M., “A Global Community of Courts” in *Harvard International Law Journal*, 1/2003

Slaughter A.M., “A Typology of Transjudicial Communication”, 29 *University of Richmond Law Review* vol. 99, 1994

- Slaughter A.M., "A Typology of Transjudicial Communication", in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994
- Slaughter A.M., Stone Sweet A., Weiler J. H. H., *The European Court and National Courts— Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998
- Sonelli S., Raimondo G. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro. Atti del convegno, Modena, 25 ottobre 2013*, Torino, Giappichelli, 2015
- Sorrenti G., "Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di 'copertura' costituzionale 'a più facce'", in *Politica del diritto* 3/1997
- Sorrenti G., "Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo", in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2015
- Sorrentino F., "Ammissibilità del conflitto e 'cammino comunitario' della Corte. Un passo avanti o due indietro?", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1987
- Spadaro A., "Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo (storico). Ovvero dalla continua 'evoluzione' del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità", in *Quaderni Costituzionali* 3/1998
- Spaventa, E., "A Very Fearful Court: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13" in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, no. 1, 2015
- Spaventa E., "Should We 'Harmonize' Fundamental Rights in the EU? Some Reflections about Minimum Standards and Fundamental Rights Protection in the EU Composite Constitutional System" in *Common Market Law Review* vol. 55, 2018
- Sperti A., "I giudici costituzionali e la comparazione giuridica", in *Giornale di storia costituzionale* vol. 19, 2010
- Spielmann D. Voyatzis P., "L'étendue du contrôle du respect des droits fondamentaux à l'aune de l'expérience judiciaire comparée" in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 112/2017
- Staiano S. (a cura di), *Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa 2005*, Torino, Giappichelli, 2006
- Starace V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, Levante, 1992
- Stein E., "Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution," in *American Journal of International Law* vol. 75, 1981
- Stone Sweet A., "Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une cour constitutionnelle" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009
- Storgaard, L. H., "EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection - On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR" in *Human Rights Law Review*, vol. 15, n. 3, 2015
- Tarello G., "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi" in *Politica del diritto* 1977
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffré, 1980

Taruffo M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007

Tega D., “Il tono dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: *narrowing the dialogue*” in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2017

Tega D., “La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2007

Tega, D., “Il diritto costituzionale e i diritti in crisi” in *Etica e Politica* 1/2013

Telchini I., “A proposito di diritto internazionale e di norme costituzionali” in *Giurisprudenza italiana* 1/1968

Tesauro G., “Costituzione e norme esterne” in *Il diritto dell’Unione europea* 2/2009

Timmerman M., “Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: *Taricco*”, in *Common Market Law Review* vol. 36, 2016

Tizzano A., “Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario”, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2009

Torres Perez A., “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue” in *European Constitutional Law Review*, vol. 10 2014

Torres Perez A., *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*, Oxford, Oxford University Press 2009

Tridimas T., “Constitutional review of Member State action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, in *International Journal of Constitutional Law* 2011

Tridimas T., *General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996

Trindade F. A., “Parliamentary Sovereignty and the Primacy of European Community Law”, in *Modern Law Review*, vol. 35, 1972

Troper M., *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana 2005

Tushnet M., “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, in *University of Toronto Law Journal* 2003

Usher J. A., *General Principles of EC Law*, London, Longman, 1998

Van den Berghe F., “The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?” in *European Law Journal*, vol. 16, n. 2, 2010

Van Dijk P., “The Implementation and Application of the Law of the European Communities within the Legal Order of The Netherlands” in *Common Market Law Review*, 1969

Vassalli G., “Il diritto alla prova nel processo penale” in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 1968

Viganò F., “Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Prima del diritto UE e *nullum crimine sine lege* in una importante sentenza della Corte di Giustizia”, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2015

Viganò F., “La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA”, in *Diritto penale contemporaneo* 2016

Viganò F., “La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali” in *Quaderni Costituzionali* 2/2019

Viganò F., “Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlimiti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni”, in *Diritto penale contemporaneo* 2014

Viganò, F., “La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali” in *Quaderni costituzionali* 2/2019

Viola F., “La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo”, in *Ragion pratica* 1/2003

Vitta E., “Processo civile e diritti dell’uomo” in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* 1977

Voflkuhle A., “Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. *Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*”, in *European Constitutional Law Review* 2010

Von Bogdandy A., Kottman M., Antpholer C., Dickschen J., Hentrei S., Smrkolj M., “Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States”, in *Common Market Law Review* vol. 49, 2012

Wahl N., Prete L., “The gatekeepers of Article 267 TFEU: On jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings” in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018

Weber A., “La Carta de los Derechos fundamentals de la Unión Europea” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 64, 2002

Weiler J. H. H., “Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities”, in *Washington Law Review*, vol. 61, 1986

Weiler J. H. H., “The Transformation of Europe” in *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, June 1991

Weiler J. H. H., Lockhart N. J. S., “‘Taking rights seriously’ seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence”, in *Common Market Law Review*, 1/1995

Weiβ W., “Human rights in the EU: Rethinking the role of the European Convention on Human Rights after Lisbon”, in *European Constitutional Law Review* vol. 7, 2011

Wildhaber L., “The European Court of Human Rights - Reflections of a Past President” in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, 2007

Wildhaber L., *The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reforms*, Kehl N.P. Engel, 2000

Winter J. A., “Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law” in *Common Market Law Review* 1972

Young A.L., *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press 2017

Zagrebel'sky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988

Zagrebel'sky V., “L’UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia” in *Diritti umani e diritto internazionale* 2016

Zagrebel'sky V., “Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione”, in *Rivista AIC* maggio 2015

Zagrebel'sky V., ““Violazioni ‘strutturali’ e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di *Broniowski*”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2008

Zanghì C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2006

Zanon N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2006

Zanon N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2006

Zeno-Zencovich V., "Il contributo storico-comparativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?", in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2005

Ziller J., *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, il Mulino, 2007

Zuleeg M., "Fundamental Rights and the Law of the European Communities", in *Common Market Law Review* 1971